

หลักปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียม (Fair and Equitable Treatment) ในกฎหมาย  
ส่งเสริมการลงทุนของไทย: ศึกษากรณีกฎหมายการลงทุนเมียนมาร์

นายรัฐศรัณย์ ธนไพศาลกิจ

เอกัตศึกษานี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญาศิลปศาสตรมหาบัณฑิต  
สาขาวิชากฎหมายเศรษฐกิจ  
คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย  
ปีการศึกษา 2560

บทคัดย่อและแฟ้มข้อมูลฉบับเต็มของเอกัตศึกษาที่ให้บริการในคลังปัญญาจุฬาฯ (CUIR)  
เป็นแฟ้มข้อมูลของนิสิตเจ้าของเอกัตศึกษาที่ส่งผ่านทางคณะที่สังกัด

The abstract and full text of individual study in Chulalongkorn University Intellectual Repository(CUIR)  
are the individual study authors' files submitted through the faculty.

หัวข้อเอกัตศึกษา	หลักปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียม (Fair and Equitable Treatment) ในกฎหมายส่งเสริมการลงทุนของไทย: ศึกษากรณีกฎหมายการลงทุนเมียนมาร์
โดย	นายรัฐศรัณย์ ธนไพศาลกิจ
รหัสประจำตัว	598 62385 34
หลักสูตร	ศิลปศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชากฎหมายเศรษฐกิจ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
หมวดวิชา	กฎหมายธุรกิจทั่วไป
อาจารย์ที่ปรึกษา	ศาสตราจารย์ทัชชมัย ทองอุไร
ปีการศึกษา	2560

---

คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย อนุมัติให้เอกัตศึกษานี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญาศิลปศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชากฎหมายเศรษฐกิจ

ลงชื่อ.....อาจารย์ที่ปรึกษา  
(ศาสตราจารย์ทัชชมัย ทองอุไร)

## บทคัดย่อ

หลักปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียม (Fair and Equitable Treatment – FET) เป็นหลักมาตรฐานที่ได้รับการยอมรับในกฎหมายระหว่างประเทศที่ใช้คุ้มครองผู้ลงทุนต่างชาติจากการปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม ไม่ถูกต้อง หรือโดยพลการ ซึ่งเป็นหนึ่งในปัจจัยสำคัญที่สร้างความเชื่อมั่นต่อผู้ลงทุนต่างชาติในการเลือกที่จะเข้ามาลงทุนในแต่ละประเทศ โดยมีหลักสำคัญที่มักปรากฏควบคู่กันคือ หลักการไม่เลือกปฏิบัติ (Non-discrimination) หลักมาตรฐานขั้นต่ำระหว่างประเทศ (International Minimum Standard) และหลักความคาดหวังที่ชอบด้วยกฎหมาย (Legitimate Expectations)

ในช่วง 4-5 ปีที่ผ่านมา ประเทศเมียนมาร์ได้มีการปฏิรูปประเทศอย่างต่อเนื่อง โดยเริ่มเปิดเสรีทางการค้าและการลงทุนจากทั้งในและต่างประเทศ อีกทั้ง ได้มีการปรับปรุงและพัฒนากฎหมายการลงทุนให้ทันสมัย ไม่ว่าจะเป็นการลดขั้นตอนการขอใบอนุญาตการลงทุน การแก้ไขสิทธิประโยชน์การลงทุนให้มีความเหมาะสมและมีประสิทธิภาพมากขึ้น รวมถึงเพิ่มบทบัญญัติต่าง ๆ เพื่อให้เป็นไปตามหลักการลงทุนสากลเพื่อสร้างความเสมอภาคระหว่างผู้ลงทุนต่างชาติและในประเทศ โดยเฉพาะอย่างยิ่งได้มีการนำหลัก FET มาบัญญัติไว้ในกฎหมายการลงทุนฉบับใหม่ที่ชื่อว่า “กฎหมายการลงทุนเมียนมาร์” (Myanmar Investment Law) ซึ่งมีผลบังคับใช้ตั้งแต่วันที่ 1 เมษายน พ.ศ. 2560 ในขณะที่ประเทศไทย แม้จะมีการบัญญัติหลัก FET ไว้ในสนธิสัญญาหรือความตกลงเกี่ยวกับการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุน (Bilateral Investment Treaties – BITs) แทบทุกฉบับ แต่ก็ยังไม่เคยมีการนำหลัก FET มาบัญญัติไว้ในกฎหมายการลงทุนภายในประเทศตามพระราชบัญญัติส่งเสริมการลงทุน พ.ศ. 2520 แต่อย่างใด

หากพิจารณาทิศทางเงินลงทุนโดยตรงจากต่างประเทศ (Foreign Direct Investment – FDI) ของเมียนมาร์ในช่วงหลายปีที่ผ่านมา พบว่ามีแนวโน้มเพิ่มขึ้นอย่างต่อเนื่อง โดยผู้เขียนเชื่อว่าเป็นผลมาจากการที่เมียนมาร์มีการปรับปรุงและพัฒนากฎหมายการลงทุน รวมถึงได้มีการบัญญัติหลัก FET ลงในกฎหมายการลงทุนฉบับใหม่ ซึ่งเป็นการเพิ่มความเชื่อมั่นให้กับผู้ลงทุนต่างชาติ ในขณะที่ทิศทาง FDI ของไทยในช่วงเวลาเดียวกันกลับมีแนวโน้มลดลง จึงเป็นที่น่ากังวลว่าหากไทยไม่ได้มีการปรับปรุงกฎหมายส่งเสริมการลงทุนเพื่อเพิ่มความเชื่อมั่นให้กับผู้ลงทุนต่างชาติ ไทยอาจสูญเสีย FDI ไปให้กับเมียนมาร์ ซึ่งเป็นประเทศที่มีความคล้ายคลึงกับไทยในหลาย ๆ ด้าน และอาจส่งผลกระทบต่อการเจริญเติบโตของเศรษฐกิจประเทศได้ในที่สุด

หากเปรียบเทียบหลัก FET ในกฎหมายการลงทุนเมียนมาร์กับหลัก FET ตามทางเลือกนโยบายในระดับต่าง ๆ (Framework for International Investment Agreement (IIAs): Policy Options) ภายใต้กรอบนโยบายการลงทุนเพื่อการพัฒนายั่งยืนขององค์การ (UNCTAD’s Investment Policy Framework for Sustainable Development – IPFSD) พบว่าหลัก FET ในกฎหมายการลงทุนเมียนมาร์มีการมุ่งเน้นไปสู่การพัฒนาที่ยั่งยืนตามกรอบ IPFSD ขององค์การในระดับปานกลาง ด้วยเหตุนี้ ผู้เขียนจึงเสนอว่าประเทศไทยควรกำหนดหลัก FET ไว้ในกฎหมายส่งเสริมการลงทุนเพื่อให้เท่าเทียม หรือดีกว่ากฎหมายการลงทุนของเมียนมาร์ในเรื่องนี้ เพื่อลดการสูญเสีย FDI โดยอ้างอิงตามทางเลือกนโยบายฯ ให้มีการมุ่งเน้นไปสู่การพัฒนาที่ยั่งยืนตามกรอบ IPFSD ขององค์การในระดับปานกลาง หรือระดับมาก ซึ่งจะเป็นการทำให้เกิดความโปร่งใส ชัดเจน แน่นนอน และเพิ่มความเชื่อมั่นให้กับผู้ลงทุนต่างชาติ ในขณะที่ไม่เป็นการตีกรอบในการบังคับใช้กฎหมายของรัฐไทยจนเกินไป เพราะได้มีการนำหลักของการพัฒนาที่ยั่งยืนมาพิจารณาประกอบด้วย

## กิตติกรรมประกาศ

เอกัตศึกษาเรื่องหลักปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียม (Fair and Equitable Treatment) ในกฎหมายส่งเสริมการลงทุนของไทย: ศึกษากรณีกฎหมายการลงทุนเมียนมาร์ ฉบับนี้สำเร็จลุล่วงไปได้ด้วยดี ด้วยความช่วยเหลือและความกรุณาจากท่านศาสตราจารย์ทัชชฌัย ทองอุไร อาจารย์ผู้เป็นที่ปรึกษาเอกัตศึกษา ซึ่งท่านได้สละเวลาให้คำปรึกษา คำแนะนำ รวมถึงข้อคิดเห็นต่าง ๆ อันเป็นประโยชน์อย่างยิ่งต่อเอกัตศึกษานี้ ตั้งแต่ต้นจนจบ อีกทั้งท่านยังช่วยตรวจทานและแก้ไขข้อบกพร่องที่เกิดขึ้นระหว่างการวิจัยด้วยความเมตตา เพื่อให้เอกัตศึกษานี้สำเร็จได้โดยสมบูรณ์ที่สุด ในทัศนะของผู้เขียน ท่านเป็นดัง “ครู” ผู้ประสิทธิ์ประสาทวิชา ผู้คอยดูแลเอาใจใส่ในสิ่งดี ๆ ทุกคนอย่างเป็นธรรมและเท่าเทียมโดยไม่รู้จักเหน็ดเหนื่อย ผู้เขียนรู้สึกซาบซึ้งใจมาโดยตลอด และขอกราบขอบพระคุณท่านด้วยความเคารพอย่างสูงมา ณ โอกาสนี้

ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณคณาจารย์และคณาจารย์พิเศษทุกท่านในหลักสูตรศิลปศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชากฎหมายเศรษฐกิจ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย เป็นอย่างสูงที่ได้ประสิทธิ์ประสาทวิชา ให้ความรู้และคำแนะนำแก่ผู้เขียนด้วยความเอาใจใส่ตลอดมา จนทำให้สามารถนำความรู้ที่ได้มาประยุกต์และปรับใช้กับเอกัตศึกษานี้ได้เป็นอย่างดี

ผู้เขียนขอขอบพระคุณ คุณพัฒนา อังพานิช นักวิชาการส่งเสริมการลงทุน สำนักงานคณะกรรมการส่งเสริมการลงทุน และผู้เชี่ยวชาญจากกระทรวงการต่างประเทศทั้ง 2 ท่าน รวมถึงนักธุรกิจไทยที่ลงทุนในเมียนมาร์ (ที่ขอสงวนนาม) ที่ให้ความกรุณาแก่ผู้เขียนเป็นอย่างสูงในการเข้าพบและสัมภาษณ์ เพื่อนำข้อมูลมาใช้ประกอบการวิจัยสำหรับเอกัตศึกษานี้

ผู้เขียนขอขอบพระคุณเจ้าหน้าที่ประจำหลักสูตร คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย คุณวัชรีย์ พรหมประดิษฐ์ และ คุณน้ำเพชร ศรีละออ ในการให้ความช่วยเหลือ ประสานงาน และให้คำแนะนำในต่าง ๆ แก่ผู้เขียนด้วยความกรุณามาโดยตลอด

ผู้เขียนขอขอบคุณนิสิต ศศ.ม.กฎหมายเศรษฐกิจ รุ่นที่ 18 คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย โดยเฉพาะพี่รหัส คุณเพชรวรรณ วรรณสุต และเพื่อน ๆ รุ่นที่ 19 โดยเฉพาะ คุณณัฐฐาสุภกิจพาณิชย์กุล ที่คอยสนับสนุน และให้กำลังใจผู้เขียนตลอดมา

ท้ายที่สุด ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณคุณพ่อ-อานาจ คุณแม่-สมลักษณ์ ธนไพศาลกิจ เป็นอย่างสูง ที่คอยให้กำลังใจ ช่วยเหลือและสนับสนุนผู้เขียนในทุกเรื่อง จนทำให้เอกัตศึกษานี้สำเร็จได้ตามที่มุ่งหมาย

รัฐศรัณย์ ธนไพศาลกิจ

เมษายน 2561

## สารบัญ

บทคัดย่อ.....	ก
กิตติกรรมประกาศ.....	ข
สารบัญ.....	ค
สารบัญรูปภาพและตาราง.....	จ
<b>บทที่ 1 บทนำ.....</b>	<b>1</b>
1.1 ที่มาและความสำคัญของปัญหา.....	1
1.2 วัตถุประสงค์การศึกษา.....	4
1.3 สมมติฐานการศึกษา.....	4
1.4 ขอบเขตการศึกษา.....	4
1.5 วิธีดำเนินการศึกษา.....	5
1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ.....	5
<b>บทที่ 2 หลักปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียม (FET) ในความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุน (BITs).....</b>	<b>6</b>
2.1 ความเป็นมาและสาระสำคัญของความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุน (BITs).....	6
2.2 ที่มาของหลักปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียม (FET) ใน BITs.....	10
2.3 ทฤษฎีและหลักการของหลัก FET.....	10
2.4 ความสำคัญของหลัก FET.....	12
2.5 ระดับชั้นของหลัก FET ตามทางเลือกนโยบายในระดับต่าง ๆ (Framework for International Investment Agreements (IIAs): Policy Options) ภายใต้กรอบนโยบายการลงทุนเพื่อการพัฒนาที่ยั่งยืนขององค์การ (UNCTAD’s Investment Policy Framework for Sustainable Development – IPFSD).....	15
<b>บทที่ 3 หลักปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียม (FET) ในกฎหมายการลงทุนของประเทศเมียนมาร์.....</b>	<b>19</b>
3.1 พัฒนาการและสาระสำคัญของกฎหมายการลงทุนเมียนมาร์.....	19
3.2 ทิศทางเงินลงทุนโดยตรงจากต่างประเทศ (FDI) ในเมียนมาร์.....	23
3.3 หลัก FET ในกฎหมายการลงทุนของเมียนมาร์.....	28
3.3.1 สิทธิในการได้ข้อมูล.....	30
3.3.2 สิทธิในการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรมที่ถูกต้องและสิทธิในการอุทธรณ์.....	30
3.4 เปรียบเทียบหลัก FET ในกฎหมายการลงทุนของเมียนมาร์กับหลัก FET ตามทางเลือกนโยบายในระดับต่าง ๆ (Framework for International Investment Agreements (IIAs): Policy Options) ภายใต้กรอบนโยบายการลงทุนเพื่อการพัฒนาที่ยั่งยืนขององค์การ (IPFSD).....	31

<b>บทที่ 4 แนวทางการปรับใช้หลัก FET ในกฎหมายส่งเสริมการลงทุนของไทย.....</b>	<b>41</b>
4.1 พัฒนาการของนโยบายส่งเสริมการลงทุนไทย.....	41
4.2 กฎหมายส่งเสริมการลงทุนไทยตามพระราชบัญญัติส่งเสริมการลงทุน พ.ศ. 2520.....	48
4.3 ข้อมูลจากการสัมภาษณ์ผู้เชี่ยวชาญในเรื่องหลัก FET และการนำมาใช้ในกฎหมายส่งเสริมการลงทุน.....	52
4.3.1 ผู้เชี่ยวชาญจากสำนักงานคณะกรรมการส่งเสริมการลงทุน (BOI).....	53
4.3.2 ผู้เชี่ยวชาญจากกระทรวงการต่างประเทศ.....	55
4.3.3 นักธุรกิจไทยที่ลงทุนในเมียนมาร์.....	57
4.4 แนวทางการปรับใช้หลัก FET ในกฎหมายส่งเสริมการลงทุนของไทย.....	60
<b>บทที่ 5 บทสรุป และข้อเสนอแนะ .....</b>	<b>68</b>
5.1 บทสรุป.....	68
5.1.1 หลัก FET ภายใต้ IPFSD ขององค์กััด.....	69
5.1.2 หลัก FET ในกฎหมายการลงทุนของเมียนมาร์.....	70
5.1.3 แนวทางในการนำหลัก FET มากำหนดในกฎหมายส่งเสริมการลงทุนของไทย.....	72
5.2 ข้อเสนอแนะ.....	73

## บรรณานุกรม

## สารบัญรูปภาพและตาราง

<b>รูปภาพที่ 1</b>	ทิศทางการลงทุนโดยตรงจากต่างประเทศในประเทศไทย.....	2
<b>รูปภาพที่ 2</b>	ทิศทางการลงทุนโดยตรงจากต่างประเทศในประเทศไทย.....	3
<b>รูปภาพที่ 3</b>	ความสัมพันธ์ของการเจริญเติบโตทางเศรษฐกิจไทยกับ FDI.....	4
<b>ตารางที่ 1</b>	ความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนของประเทศไทย.....	7
<b>ตารางที่ 2</b>	มูลค่าการลงทุนสะสมในเมียนมาร์จำแนกรายประเทศในระหว่างปี พ.ศ. 2531-2559.....	24
<b>ตารางที่ 3</b>	มูลค่าการลงทุนจากต่างประเทศของเมียนมาร์จำแนกตามภาคธุรกิจในปี พ.ศ. 2559.....	25
<b>ตารางที่ 4</b>	สรุปการเปรียบเทียบหลัก FET ในกฎหมายการลงทุนของเมียนมาร์กับหลัก FET ตามทางเลือกนโยบายในระดับต่าง ๆ ภายใต้กรอบนโยบายการลงทุนเพื่อการพัฒนาที่ยั่งยืนขององค์ก้ดหรือ IPFSD ว่ามีการมุ่งเน้นไปสู่การพัฒนาที่ยั่งยืนในระดับใด.....	36
<b>ตารางที่ 5</b>	สิทธิประโยชน์ตามพระราชบัญญัติส่งเสริมการลงทุน.....	51
<b>ตารางที่ 6</b>	สรุประดับชั้นที่เหมาะสมของหลัก FET ตามทางเลือกนโยบายในระดับต่าง ๆ ภายใต้กรอบนโยบายการลงทุนเพื่อการพัฒนาที่ยั่งยืนขององค์ก้ดหรือ IPFSD ที่ควรนำไปปรับใช้กับกฎหมายส่งเสริมการลงทุนของไทย.....	67

## บทที่ 1 บทนำ

หลักปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียม (Fair and Equitable Treatment) เป็นหลักมาตรฐานที่ได้รับการยอมรับในทางกฎหมายระหว่างประเทศที่ใช้คุ้มครองผู้ลงทุนต่างชาติจากการปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม ไม่ถูกต้อง หรือโดยพลการ ซึ่งเป็นปัจจัยสำคัญที่สร้างความเชื่อมั่นต่อผู้ลงทุนต่างชาติ นอกจากนี้ยังเป็นหลักที่สำคัญที่มีส่วนปรากฏอยู่ในมาตรการอื่น ๆ ของความตกลงหรือสนธิสัญญาว่าด้วยการส่งเสริมการลงทุนในหลายฉบับ อาทิ มาตรการในการเวนคืนกิจการ หรือมาตรการในการส่งเงินกลับสู่ประเทศผู้ลงทุน

### 1.1 ที่มาและความสำคัญของปัญหา

ประเทศไทยเริ่มมีการเจรจาความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุน (Agreement on Promotion and Protection หรือ Bilateral Investment Treaties – BITs) ฉบับแรกกับประเทศเยอรมนีในปี พ.ศ. 2504 โดยมีกรมเศรษฐกิจระหว่างประเทศ กระทรวงการต่างประเทศ เป็นหน่วยงานหลักในการจัดการเจรจา ความตกลงดังกล่าวเป็นเสมือนหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่รัฐบาลของสองประเทศ (หรือมากกว่า) ร่วมกันจัดทำขึ้น เพื่อให้ความคุ้มครองการลงทุนที่ได้รับอนุญาตเข้ามาในประเทศตามกฎหมายท้องถิ่นของประเทศนั้น โดยจะคุ้มครองภายหลังเข้าไปจัดตั้งการลงทุนในประเทศนั้นแล้ว ในปัจจุบันประเทศไทยลงนาม BITs แล้วจำนวน 42 ฉบับ มีผลบังคับใช้จริงจำนวน 38 ฉบับ<sup>1</sup>

ขอบเขตของ BITs นั้น จะจำกัดเฉพาะการลงทุนโดยตรงจากต่างชาติ (Foreign Direct Investment – FDI) ตามหลักเกณฑ์และเงื่อนไขที่รัฐบาลกำหนด ผู้ลงทุนของประเทศคู่ภาคีจะได้รับความคุ้มครองในการไปลงทุนยังประเทศคู่ภาคีอีกฝ่ายหนึ่งด้วยสิทธิประโยชน์หลัก อาทิ สิทธิตามหลักปฏิบัติอย่างชาติ (National Treatment – NT) สิทธิตามหลักปฏิบัติอย่างชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์ยิ่ง (Most-Favoured-Nation Treatment – MFN) หรือสิทธิตามหลักปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียม

ในเอกัตศึกษานี้จะศึกษาเน้นไปที่หลักปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียม เนื่องจากหลักการดังกล่าวเป็นหลักมาตรฐานที่ได้รับการยอมรับในทางกฎหมายระหว่างประเทศ ที่ใช้คุ้มครองผู้ลงทุนต่างชาติจากการปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม ไม่ถูกต้อง หรือโดยพลการ ซึ่งเป็นปัจจัยสำคัญที่สร้างความเชื่อมั่นต่อผู้ลงทุนต่างชาติ นอกจากนี้ยังเป็นหลักที่สำคัญที่มีส่วนปรากฏอยู่ในมาตรการอื่น ๆ ของความตกลงหรือสนธิสัญญาว่าด้วยการส่งเสริมการลงทุนในหลายฉบับ อาทิ มาตรการในการเวนคืนกิจการ หรือมาตรการในการส่งเงินกลับสู่ประเทศผู้ลงทุน

อย่างไรก็ดี แม้หลักการนี้จะเป็หลักมาตรฐานที่ปรากฏอยู่ในความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุน (BITs) เป็นส่วนใหญ่ แต่เมื่อปลายปี พ.ศ. 2559 ประเทศเมียนมาร์ได้ประกาศใช้กฎหมายการลงทุนฉบับใหม่ (Myanmar Investment Law) ซึ่งมีการนำหลักปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียมมาบัญญัติอยู่ในกฎหมายฉบับนี้ด้วย โดยมีใจความสำคัญว่า รัฐบาลเมียนมาร์ให้การรับรองต่อผู้ลงทุนว่าจะมีการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียมในเรื่อง 2 เรื่องหลัก ได้แก่ 1) สิทธิในการได้

<sup>1</sup> ศูนย์บริการข้อมูลเศรษฐกิจระหว่างประเทศ (2560). “ความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนที่มีผลบังคับใช้แล้วระหว่างประเทศไทยกับประเทศต่าง ๆ” กรมเศรษฐกิจระหว่างประเทศ กระทรวงการต่างประเทศ

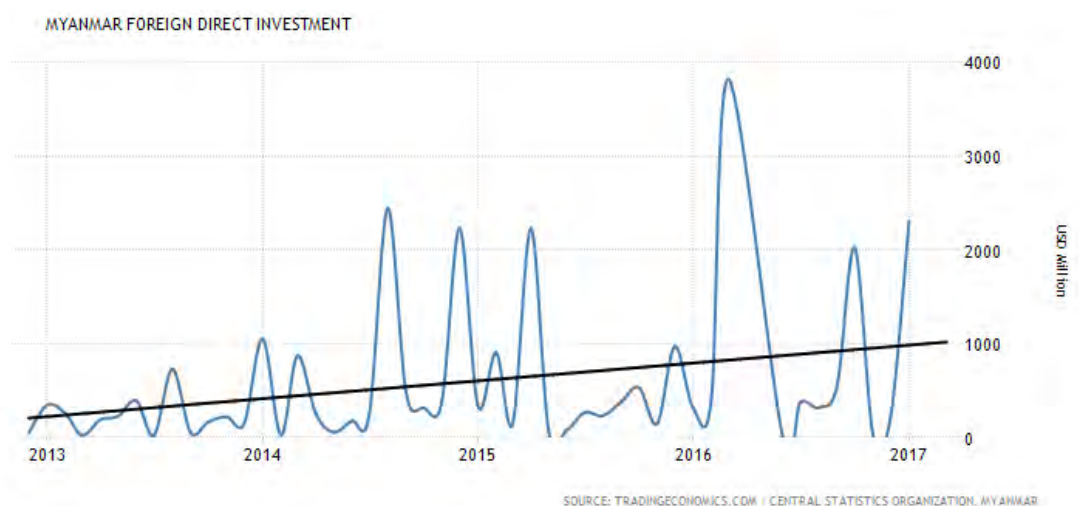


ข้อมูล และ 2) สิทธิในการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรมที่ถูกต้องและสิทธิในการอุทธรณ์ ในขณะที่กฎหมายส่งเสริมการลงทุนของไทยตามพระราชบัญญัติส่งเสริมการลงทุน พ.ศ. 2520 ยังไม่ได้มีการนำหลักการนี้มาบัญญัติไว้

สาเหตุที่เอกัตศึกษานี้ศึกษาเน้นไปที่กฎหมายการลงทุนของประเทศเมียนมาร์ เนื่องจากเมียนมาร์นั้นเป็นประเทศที่มีความคล้ายคลึงกับไทยมาก ไม่ว่าจะเป็นด้านศาสนา ที่ประชากรนับถือศาสนาพุทธเป็นส่วนใหญ่ ด้านวัฒนธรรม วิถีชีวิตและขนบธรรมเนียมประเพณี ที่มีประวัติร่วมกันมาช้านาน และด้านทรัพยากรธรรมชาติ ที่มีความอุดมสมบูรณ์ มีภูมิอากาศที่ไม่ต่างกัน นอกจากนี้ เมียนมาร์ยังมีจำนวนประชากรที่ใกล้เคียงกับไทย มีอาณาเขตติดกับไทยมากที่สุด รวมถึงมีผู้ที่อยู่ในวัยแรงงานจำนวนมากและค่าแรงต่ำที่สุดในกลุ่มประเทศเพื่อนบ้าน CLMV โดยมีผู้กล่าวว่าประเทศเมียนมาร์มีลักษณะคล้ายคลึงกับประเทศไทยเมื่อ 20-30 ปีก่อน<sup>2</sup> และมีศักยภาพที่จะเติบโตในระยะยาวด้วยอัตราการขยายตัวทางเศรษฐกิจเฉลี่ยในปัจจุบันถึง 5.5% ต่อปี

ยิ่งไปกว่านั้น เมื่อพิจารณาถึงตัวเลขเงินลงทุนโดยตรงจากต่างประเทศ (FDI) ในประเทศเมียนมาร์ พบว่าในช่วงหลายปีที่ผ่านมาแนวโน้มเพิ่มขึ้น (ดังรูปภาพที่ 1) เหตุผลสำคัญประการหนึ่งน่าจะเป็นเพราะผู้ลงทุนต่างชาติให้ความเชื่อมั่นในการลงทุน เนื่องจากเมียนมาร์มีการปรับปรุงและพัฒนากฎหมายการลงทุนในช่วง 4-5 ปีที่ผ่านมาเป็นอย่างมาก (หนึ่งในนั้นก็คือการเพิ่มหลัก FET) โดยนาย Aung Naing Oo เลขาธิการคณะกรรมการการลงทุนของเมียนมาร์ ได้ให้สัมภาษณ์เมื่อต้นเดือนพฤศจิกายน พ.ศ. 2560 ว่า FDI ของเมียนมาร์ในปี พ.ศ. 2560 จะสูงกว่าปีก่อนหน้าที่สูงถึง 6,649 ล้านดอลลาร์สหรัฐฯ

### รูปภาพที่ 1 ทิศทางเงินลงทุนโดยตรงจากต่างประเทศในประเทศเมียนมาร์

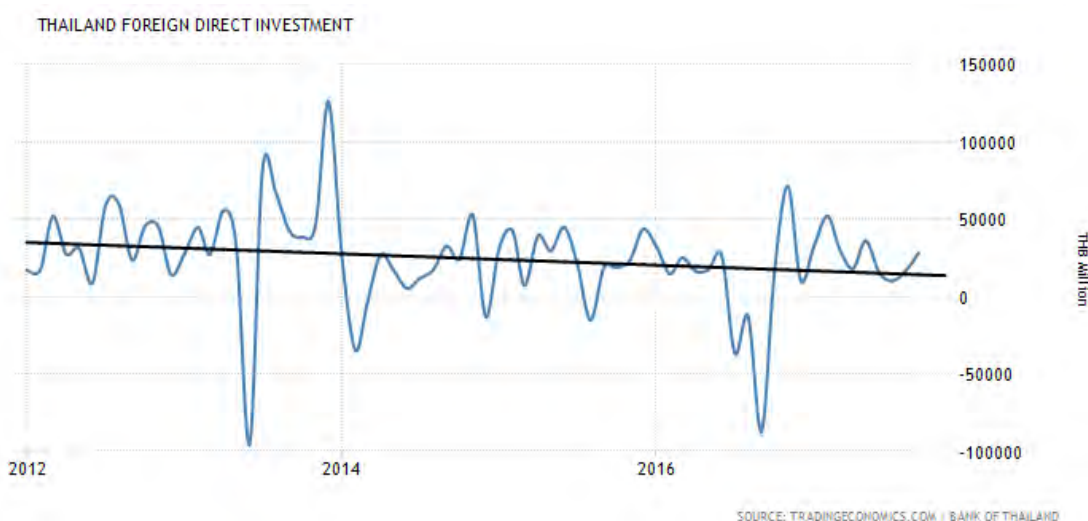


หากหันกลับมาพิจารณาแนวโน้ม FDI ในประเทศไทย จะพบว่าแนวโน้มลดลงในช่วง 3-4 ปีที่ผ่านมา (ดังรูปภาพที่ 2) ซึ่งเป็นที่น่ากังวล เนื่องจาก FDI นั้นมีผลต่อการพัฒนาเศรษฐกิจของไทย

<sup>2</sup> พรศักดิ์ ศุภรธาธาร (2558). “การลงทุนในเมียนมาร์ : โอกาสและข้อควรพิจารณา” ประชาชาติธุรกิจออนไลน์

มาก โดยเฉพาะในภาคอุตสาหกรรมการส่งออก<sup>3</sup> เพราะก่อให้เกิดการจ้างงาน การผลิต และรายได้ ทั้งยังทำให้เกิดการถ่ายทอดและยกระดับเทคโนโลยีในประเทศ (Technological transfer) นอกจากนี้ FDI มีความสำคัญมากกว่าเงินทุนที่ไหลเข้าจากต่างประเทศประเภทอื่น เช่น เงินเก็งกำไรในตลาดหุ้น เนื่องจากเป็นเงินทุนระยะยาวที่เพิ่มการสะสมทุนในเศรษฐกิจ และมีความผันผวนต่ำ

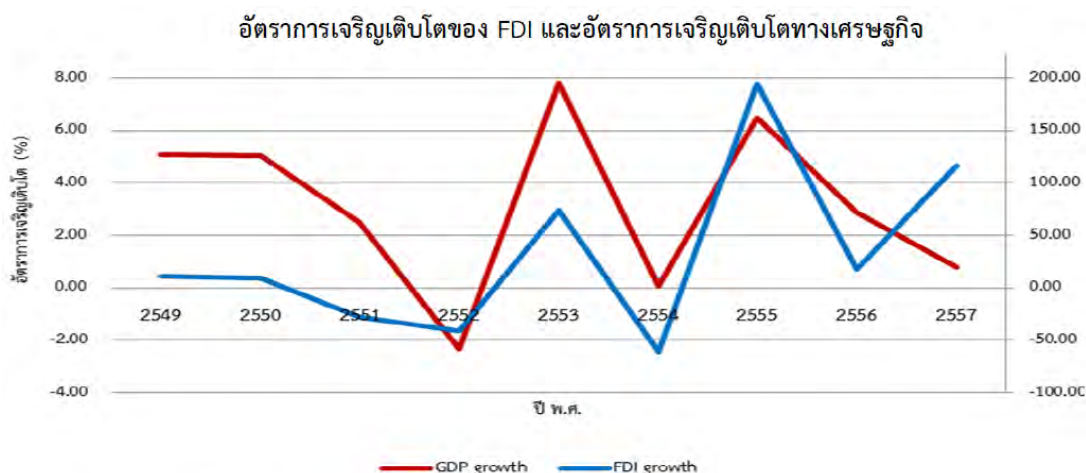
## รูปภาพที่ 2 ทิศทางเงินลงทุนโดยตรงจากต่างประเทศในประเทศไทย



หากวิเคราะห์ความสัมพันธ์ของการเจริญเติบโตทางเศรษฐกิจไทยกับ FDI นั้น จากรูปภาพที่ 3 จะพบว่ามีความสัมพันธ์ไปในทิศทางที่ใกล้เคียงกัน จะเห็นได้จาก ในช่วงที่อัตราการขยายตัวของ FDI ลดลง อัตราการเจริญเติบโตทางเศรษฐกิจก็มีแนวโน้มที่จะลดลง และในช่วงที่อัตราการขยายตัวของ FDI เพิ่มขึ้น อัตราการเจริญเติบโตทางเศรษฐกิจก็มีแนวโน้มที่จะเพิ่มขึ้นด้วย ดังนั้น หากไทยยังไม่มีการปรับปรุงพัฒนากฎหมายส่งเสริมการลงทุนให้เท่าเทียม หรือดีกว่ากฎหมายการลงทุนของเมียนมาร์แล้ว ประเทศไทยอาจสูญเสียเงินลงทุนโดยตรงจากต่างประเทศ หรือ FDI ไปให้กับประเทศเมียนมาร์ได้ (เพราะในสายตาผู้ลงทุนต่างชาติแล้วประเทศเมียนมาร์กับไทยมีความคล้ายคลึงกันมากดังที่กล่าวในตอนต้น) ซึ่งหากไทยสูญเสียเม็ดเงินลงทุนจากต่างชาติ ก็อาจกระทบต่ออัตราการเจริญเติบโตทางเศรษฐกิจของประเทศได้ในที่สุด

<sup>3</sup> พิระ เจริญพร (2558). “เงินลงทุนโดยตรงจากต่างประเทศจะเป็นปัจจัยผลักดันเศรษฐกิจในปี พ.ศ.2558 ได้หรือไม่?” คณะเศรษฐศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

### รูปภาพที่ 3 ความสัมพันธ์ของการเจริญเติบโตทางเศรษฐกิจไทยกับ FDI



#### 1.2 วัตถุประสงค์การศึกษา

- (1) เพื่อเข้าใจถึงหลักปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียม (Fair and Equitable Treatment – FET) ในความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุน (BITs)
- (2) เพื่อทราบถึงพัฒนาการของหลัก FET ในกฎหมายการลงทุนของประเทศเมียนมาร์
- (3) เพื่อเปรียบเทียบหลัก FET ในกฎหมายการลงทุนของเมียนมาร์กับหลัก FET ตามทางเลือกนโยบายในระดับต่าง ๆ (Framework for International Investment Agreements (IIAs): Policy Options) ภายใต้กรอบนโยบายการลงทุนเพื่อการพัฒนาที่ยั่งยืนขององค์การเพื่อความร่วมมือและการพัฒนาที่ยั่งยืนขององค์การ (IPFSD)
- (4) เพื่อเสนอแนวทางในการนำหลัก FET มาปรับใช้กับกฎหมายส่งเสริมการลงทุนไทย

#### 1.3 สมมติฐานการศึกษา

“ประเทศไทยควรกำหนดหลักปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียม (Fair and Equitable Treatment) ไว้ในกฎหมายส่งเสริมการลงทุนเพื่อให้เท่าเทียม หรือดีกว่ากฎหมายการลงทุนของเมียนมาร์ในเรื่องนี้ เพื่อลดการสูญเสียเงินลงทุนโดยตรงจากต่างประเทศ (Foreign Direct Investment)”

#### 1.4 ขอบเขตการศึกษา

- (1) ศึกษาหลัก Fair and Equitable Treatment (FET) ในความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุน (BITs) และตามทางเลือกนโยบายในระดับต่าง ๆ (Framework for International Investment Agreements (IIAs): Policy Options) ภายใต้กรอบนโยบายการลงทุนเพื่อการพัฒนาที่ยั่งยืนขององค์การเพื่อความร่วมมือและการพัฒนาที่ยั่งยืนขององค์การ (IPFSD)
- (2) ศึกษาหลัก FET ในกฎหมายการลงทุนของเมียนมาร์
- (3) ศึกษากฎหมายส่งเสริมการลงทุนของไทยตามพระราชบัญญัติส่งเสริมการลงทุน พ.ศ. 2520

### 1.5 วิธีดำเนินการศึกษา

การศึกษาจะใช้วิธีการวิจัยเชิงเอกสาร (Documentary Research) โดยศึกษา รวบรวม วิเคราะห์ และตีความจากเอกสาร ตำรา บทความ หนังสือ และสื่ออิเล็กทรอนิกส์ ทั้งในและ ต่างประเทศ ประกอบกับการสัมภาษณ์ผู้เชี่ยวชาญจากองค์กรต่าง ๆ ได้แก่ กระทรวงการต่างประเทศ สำนักงานคณะกรรมการส่งเสริมการลงทุน (BOI) และนักธุรกิจไทยที่ลงทุนในประเทศเมียนมาร์ เพื่อนำไปวิเคราะห์ สรุปความ และจัดทำข้อเสนอแนะต่อไป

### 1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

- (1) ได้ทราบถึงความสำคัญของหลักปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียม (Fair and Equitable Treatment)
- (2) ได้ทราบถึงพัฒนาการของหลัก FET ในกฎหมายการลงทุนในประเทศเมียนมาร์
- (3) ได้ทราบถึงการใช้หลัก FET ในกฎหมายการลงทุนของเมียนมาร์
- (4) ได้ทราบถึงแนวทางในการนำหลัก FET มาปรับใช้กับกฎหมายส่งเสริมการลงทุนของไทย

## บทที่ 2

### หลักปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียม (FET) ในความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุน

ความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนนั้น เป็นความตกลงระหว่างรัฐบาลของสองประเทศที่กำหนดพันธกรณีในการส่งเสริมและให้ความคุ้มครองการลงทุนที่ได้รับอนุญาตให้เข้ามาในประเทศและอยู่ภายใต้กฎหมายภายในของประเทศผู้รับการลงทุน เพื่อเป็นการคุ้มครองการลงทุนของผู้ลงทุนในประเทศของตน หรือเพื่อส่งเสริมให้มีการลงทุนในประเทศของตนเพิ่มมากขึ้น โดยมีข้อปฏิบัติที่สำคัญที่มักปรากฏอยู่ใน BITs อาทิ หลักปฏิบัติอย่างชาติ (National Treatment – NT) หลักปฏิบัติอย่างชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์ยิ่ง (Most-Favoured-Nation Treatment – MFN) และหลักปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียม (Fair and Equitable Treatment – FET)

#### 2.1 ความเป็นมาและสาระสำคัญของความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุน (BITs)

โลกในยุคปัจจุบันมีความเชื่อมโยงกันมากขึ้นกว่าในอดีต (Globalization) การค้าและการลงทุนสามารถขยายตัวไปยังต่างประเทศได้กว้างขวางอันเนื่องมาจากแรงจูงใจในปัจจัยการผลิตของแต่ละประเทศ ส่งผลให้เกิดการซื้อขายแลกเปลี่ยนเงินตราต่างประเทศ และการถ่ายทอดเทคโนโลยี รวมถึงการพัฒนาบุคลากรให้มีความเชี่ยวชาญเฉพาะด้าน ในขณะที่การค้าและการลงทุนยังถูกจำกัดและควบคุมจากกฎหมายและกฎเกณฑ์ภายในของแต่ละประเทศ ด้วยเหตุนี้ ความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุน (Bilateral Investment Treaties – BITs) จึงได้ถูกจัดทำขึ้น เพื่อเป็นกลไกทางกฎหมายระหว่างประเทศที่จะประสานประโยชน์ของทั้งสองประเทศ ให้ส่งเสริมและอำนวยความสะดวกในด้านการค้าและการลงทุนระหว่างประเทศให้ดียิ่งขึ้น

BITs ฉบับแรกของโลกนั้นถูกจัดทำขึ้นในช่วงหลังสงครามโลกครั้งที่ 2 ระหว่างประเทศเยอรมนีกับประเทศปากีสถานในปี พ.ศ. 2502 โดยถือเป็นหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่รัฐบาลของสองประเทศหรือมากกว่าร่วมกันจัดทำขึ้น เพื่อกำหนดพันธกรณีในการให้ความคุ้มครองการลงทุนที่ได้รับอนุญาตเข้ามาในประเทศตามกฎหมายท้องถิ่นของประเทศนั้น ๆ โดยความตกลงฯ ดังกล่าว จะให้ความคุ้มครองผู้ลงทุนภายหลังจากที่ได้เข้ามาจัดตั้งการลงทุนในประเทศแล้ว และเป็นการคุ้มครองเฉพาะผลกระทบที่เกิดจากมาตรการที่ออกโดยรัฐเท่านั้น ไม่ครอบคลุมถึงความเสี่ยงที่เกิดจากการประกอบธุรกิจตามปกติของผู้ลงทุนเอกชน เช่น ในกรณีที่มีการผิดสัญญาโดยคู่สัญญาที่เป็นเอกชน และไม่มีการแทรกแซงโดยรัฐ ผู้ลงทุนก็จะไม่ได้รับความคุ้มครองภายใต้ความตกลงฯ นี้

ประเทศไทยได้เจรจา BITs กับหลายประเทศเช่นกัน โดยเริ่มเจรจาตั้งแต่ก่อนปี พ.ศ. 2503 แต่ได้ลงนามใน BITs ครั้งแรกในปี พ.ศ. 2504 โดยเป็นการทำความตกลงกับประเทศเยอรมนี มีกรมเศรษฐกิจระหว่างประเทศ กระทรวงการต่างประเทศ เป็นหน่วยงานหลักในการจัดการเจรจา หลังจากนั้นก็ได้มีการเจรจาความตกลงฯ เรื่อยมา และได้ลงนาม BITs ฉบับถัดมาในปี พ.ศ. 2515 โดยเป็นการทำความตกลงกับประเทศเนเธอร์แลนด์ ซึ่งในปัจจุบันประเทศไทยได้ลงนาม BITs แล้วจำนวน 42 ฉบับ โดยมีผลบังคับใช้จริงจำนวน 38 ฉบับ<sup>4</sup> ดังข้อมูลที่แสดงในตารางที่ 1

<sup>4</sup> อ้างแล้ว, เชิงอรรถที่ 1

ตารางที่ 1 ความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนของประเทศไทย

คู่สัญญา	วันที่ลงนามในสัญญา	วันที่มีผลบังคับใช้
1. เนเธอร์แลนด์	6 มิถุนายน 2515	3 มีนาคม 2516
2. สหราชอาณาจักร	28 พฤษภาคม 2521	11 สิงหาคม 2522
3. จีน	12 มีนาคม 2528	14 ธันวาคม 2528
4. เกาหลีใต้	24 มีนาคม 2532	29 กันยายน 2532
5. ลาว	22 สิงหาคม 2533	7 ธันวาคม 2533
6. ฮังการี	18 ตุลาคม 2534	18 ตุลาคม 2534
7. เวียดนาม	30 ตุลาคม 2534	7 กุมภาพันธ์ 2535
8.เปรู	15 พฤศจิกายน 2534	15 พฤศจิกายน 2534
9. โปแลนด์	18 ธันวาคม 2535	10 สิงหาคม 2537
10. โรมานี	30 เมษายน 2536	20 สิงหาคม 2537
11. เช็ก	12 กุมภาพันธ์ 2537	4 พฤษภาคม 2538
12. ฟินแลนด์	18 มีนาคม 2537	18 พฤษภาคม 2539
13. กัมพูชา	29 มีนาคม 2538	18 เมษายน 2540
14. ฟิลิปปินส์	30 กันยายน 2538	6 กันยายน 2539
15. ศรีลังกา	3 มกราคม 2539	14 พฤษภาคม 2539
16. สำนักงานการค้าและเศรษฐกิจไทย (ไทเป)	30 เมษายน 2539	30 เมษายน 2539
17. แคนาดา	17 มกราคม 2540	24 กันยายน 2541
18. สวิสเซอร์แลนด์	17 พฤษภาคม 2540	21 กรกฎาคม 2542
19. อินโดนีเซีย	17 กุมภาพันธ์ 2541	5 พฤศจิกายน 2541
20. อียิปต์	18 กุมภาพันธ์ 2543	27 กุมภาพันธ์ 2545
21. อาร์เจนตินา	18 กุมภาพันธ์ 2543	7 มีนาคม 2545
22. โครเอเชีย	18 กุมภาพันธ์ 2543	10 สิงหาคม 2548
23. อิสราเอล	18 กุมภาพันธ์ 2543	28 สิงหาคม 2546
24. สโลวีเนีย	18 กุมภาพันธ์ 2543	20 ตุลาคม 2545
25. สวีเดน	18 กุมภาพันธ์ 2543	23 พฤศจิกายน 2545
26. ซิมบับเว	18 กุมภาพันธ์ 2543	ยังไม่มีผลบังคับใช้
27. อินเดีย	10 กรกฎาคม 2543	13 กรกฎาคม 2544
28. บัลแกเรีย	11 กันยายน 2544	12 สิงหาคม 2545
29. เกาหลีเหนือ	1 มีนาคม 2545	24 พฤษภาคม 2545
30. บahrเรน	21 พฤษภาคม 2545	17 กรกฎาคม 2545
31. ลักเซมเบิร์ก	12 มิถุนายน 2545	19 กันยายน 2547
32. เยอรมนี	24 มิถุนายน 2545	20 ตุลาคม 2547
33. บังกลาเทศ	9 กรกฎาคม 2545	12 มกราคม 2546
34. รัสเซีย	17 ตุลาคม 2545	ยังไม่มีผลบังคับใช้

คู่สัญญา	วันที่ลงนามในสัญญา	วันที่มีผลบังคับใช้
35. ตุรกี	24 มิถุนายน 2548	21 กรกฎาคม 2553
36. ทาจิกิสถาน	9 สิงหาคม 2548	ยังไม่มีผลบังคับใช้
37. ฮังการี	19 พฤศจิกายน 2548	12 เมษายน 2549
38. จอร์แดน	15 ธันวาคม 2548	25 พฤศจิกายน 2550
39. เมียนมาร์	14 มีนาคม 2551	8 มิถุนายน 2555
40. ความตกลงว่าด้วยการลงทุนอาเซียน (ACIA)	26 กุมภาพันธ์ 2552	29 มีนาคม 2555
41. แทนซาเนีย	30 กรกฎาคม 2556	ยังไม่มีผลบังคับใช้
42. อาหรับ	23 กุมภาพันธ์ 2558	16 ธันวาคม 2559

โดยทั่วไปแล้ว BITs มีเนื้อหาสาระหลักแบ่งได้เป็นสามส่วน<sup>5</sup> คือ 1) ขอบเขตของความตกลง 2) ข้อปฏิบัติเกี่ยวกับการลงทุนและการส่งเสริมการลงทุน และ 3) การระงับข้อพิพาท โดยแต่ละส่วนมีสาระสำคัญดังต่อไปนี้

(1) ขอบเขตของความตกลง

ขอบเขตของความตกลงจะปรากฏอยู่ในเนื้อหาสองส่วน คือ ข้อบ่งชี้ด้วยขอบเขตการบังคับใช้ และคำนิยาม

1) ข้อบ่งชี้ด้วยขอบเขตการบังคับใช้ หมายถึง ข้อบ่งชี้ที่กำหนดขอบเขตการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนและผู้ลงทุน รวมถึงกำหนดวิธีการกลั่นกรองการลงทุนที่ได้รับความคุ้มครองตาม BITs อันเป็นไปตามหลักการยอมรับการลงทุน<sup>6</sup>

2) คำนิยาม หมายถึง บทนิยามสำคัญที่แสดงถึงขอบเขตของความตกลง BITs ได้แก่ นิยามคำว่าผู้ลงทุน<sup>7</sup> และการลงทุน<sup>8</sup>

(2) ข้อปฏิบัติเกี่ยวกับการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุน

ข้อปฏิบัติเกี่ยวกับการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนกำหนดหลักการที่สำคัญ ดังต่อไปนี้

<sup>5</sup> สำนักกฎหมายต่างประเทศ (2553). “ความตกลงทวิภาคีด้านการลงทุน (Bilateral Investment Treaties – BITs) : ความรู้เบื้องต้น” สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา

<sup>6</sup> หลักการยอมรับการลงทุน มีหลักว่าการลงทุนที่จะได้รับการยอมรับ หรือได้รับประโยชน์และการคุ้มครองตามความตกลงฯ ควรจะเป็นการลงทุนที่เป็นประโยชน์ร่วมกันระหว่างผู้ลงทุนและประเทศผู้รับการลงทุน ทั้งนี้ การกำหนดขอบเขตการบังคับใช้อาจกำหนดให้ต้องเป็นการลงทุนโดยตรง (Foreign Direct Investment - FDI) ที่ได้เข้ามาในประเทศผู้รับการลงทุน (Post-establishment) แล้ว และได้รับการรับรองจากหน่วยงานที่มีอำนาจหน้าที่หรือเป็นไปตามเงื่อนไขที่กำหนดโดยกฎหมายของประเทศภาคีสัญญา, นิยามโดยเชิงอรรถที่ 5

<sup>7</sup> ผู้ลงทุน หมายถึง บุคคลธรรมดาที่มีสัญชาติหรือมีถิ่นที่อยู่ถาวร หรือนิติบุคคลที่จัดตั้ง (Incorporated) หรือก่อตั้ง (Constituted) ในประเทศภาคีสัญญา สำหรับนิติบุคคลนั้นอาจต้องพิจารณาจากสัดส่วนการถือหุ้น (Ownership) หรืออำนาจควบคุม (Control) ไม่ว่าจะโดยทางตรงหรือทางอ้อมควบคู่กันไปด้วยในการพิจารณา ความเกี่ยวข้องกับประเทศภาคีสัญญาเพื่อประโยชน์ในการได้รับการส่งเสริมหรือคุ้มครอง, นิยามโดยเชิงอรรถที่ 5

<sup>8</sup> การลงทุน หมายถึง ทรัพย์สินที่มีไว้เพื่อประกอบกิจกรรมทางเศรษฐกิจโดยไม่รวมถึงทรัพย์สินที่มีไว้เพื่อวัตถุประสงค์อื่น โดยทั่วไปจะประกอบด้วย สหกรณ์ทรัพย์ อสังหาริมทรัพย์ หุ้น สิทธิเรียกร้องที่มีมูลค่าทางการเงิน ทรัพย์สินทางปัญญา และสัญญาสัมปทาน, นิยามโดยเชิงอรรถที่ 5

1) การปฏิบัติเกี่ยวกับการลงทุนของผู้ลงทุนในประเทศภาคีสัญญา โดยใช้หลักปฏิบัติอย่างชาติหรือ NT หลักปฏิบัติอย่างชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์ยิ่งหรือ MFN และหลักปฏิบัติที่เป็นธรรม และเท่าเทียมหรือ FET กล่าวคือ ประเทศผู้รับการลงทุนได้รับการคาดหมายว่าจะให้การคุ้มครองที่เป็นธรรม และปฏิบัติต่อผู้ลงทุนหรือการลงทุนของประเทศภาคีสัญญาอีกฝ่ายไม่น้อยไปกว่าที่ปฏิบัติต่อผู้ลงทุน หรือการลงทุนของผู้ลงทุนที่เป็นคนชาติของตน หรือผู้ลงทุนหรือการลงทุนของประเทศที่สาม

2) การเวนคืนและค่าชดเชยความเสียหาย (Expropriation and Compensation) ห้ามมิให้ประเทศผู้รับการลงทุนเวนคืนทรัพย์สินของการลงทุน หรือผู้ลงทุนของประเทศภาคีสัญญาอย่างไม่เป็นธรรม โดยหากมีการเวนคืน การเวนคืนนั้นจะต้องเป็นไปตามเงื่อนไขที่กำหนดและต้องมีการชดเชยค่าเสียหายที่เหมาะสม

3) การโอน (Transfer of funds) กำหนดให้การลงทุนหรือผู้ลงทุนสามารถโอนเงินหรือผลตอบแทนจากการลงทุนหรือที่เกี่ยวข้องเนื่องกับการลงทุนได้อย่างเสรีและไม่ล่าช้า

4) เรื่องอื่นๆ อาทิ ค่าชดเชยความเสียหาย (Compensation for Losses) โดยกำหนดให้มีการชดเชยความเสียหายที่เกิดกับการลงทุนหรือผู้ลงทุนของประเทศภาคีสัญญาอันเนื่องมาจากเหตุการณ์ร้ายแรง เช่น สงคราม ภัยพิบัติ หรือการใช้อาวุธ อย่างรวดเร็ว เพียงพอ และมีประสิทธิภาพ หรือการรับช่วงสิทธิ (Subrogation) โดยกำหนดให้มีการรับช่วงสิทธิเรียกร้อง หรือสิทธิอื่นให้แก่ผู้ที่จ่ายค่าชดเชยความเสียหายแก่การลงทุนหรือผู้ลงทุนของประเทศภาคีสัญญา

### (3) การระงับข้อพิพาท (Dispute Settlements)

การระงับข้อพิพาท รวมถึงวิธีการ องค์กร ผลบังคับและค่าใช้จ่ายของการระงับข้อพิพาท โดยอาจแบ่งเป็นการระงับข้อพิพาทระหว่างประเทศภาคีสัญญา และการระงับข้อพิพาทระหว่างผู้ลงทุนกับประเทศภาคีสัญญา

1) การระงับข้อพิพาทระหว่างประเทศภาคีสัญญา กรณีนี้ อาจกระทำเป็นขั้นตอนโดยเริ่มต้นจากการเจรจาหรือการปรึกษาหารือและสิ้นสุดลงที่อนุญาโตตุลาการ เมื่ออนุญาโตตุลาการมีคำชี้ขาดแล้ว คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ มีผลผูกพันประเทศภาคีสัญญาตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศ โดยประเทศภาคีสัญญาแต่ละฝ่ายต้องรับผิดชอบค่าใช้จ่ายที่เกิดจากกระบวนการอนุญาโตตุลาการในส่วนของตน หรืออาจกำหนดให้ประเทศภาคีสัญญาที่แพ้คดีเป็นผู้รับผิดชอบค่าใช้จ่ายทั้งหมด

2) การระงับข้อพิพาทระหว่างผู้ลงทุนกับประเทศภาคีสัญญา กรณีนี้ โดยทั่วไปมีขั้นตอนในลักษณะเดียวกันกับการระงับข้อพิพาทระหว่างประเทศภาคีสัญญา กล่าวคือ เริ่มต้นจากการเจรจาหรือการปรึกษาหารือ หากไม่สามารถระงับข้อพิพาทโดยกระบวนการดังกล่าวได้ ผู้ลงทุนอาจเป็นผู้เลือก หรือคู่พิพาททั้งสองฝ่ายตกลงร่วมกันที่จะเลือกใช้วิธีการระงับข้อพิพาทผ่านกระบวนการยุติธรรมของประเทศผู้รับการลงทุน อนุญาโตตุลาการ หรือองค์กรเพื่ออำนวยความสะดวกด้านการระงับข้อพิพาทเกี่ยวกับการลงทุนระหว่างประเทศ เช่น International Center for the Settlement of Investment Disputes – ICSID, United Nations Commission on International Trade Law – UNCITRAL เป็นต้น



## 2.2 ที่มาของหลักปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียม (FET) ใน BITs

ดังที่ได้กล่าวในหัวข้อ 2.1 ว่าหลักปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียมหรือ FET เป็นหนึ่งในหลักการที่สำคัญของการปฏิบัติเกี่ยวกับการลงทุนของผู้ลงทุนในประเทศภาคีสัญญาในความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนหรือ BITs ดังนั้น ในหัวข้อนี้จะกล่าวถึงที่มาของหลัก FET ใน BITs ก่อนที่จะขยายความถึงทฤษฎีและหลักการของหลัก FET ในหัวข้อถัดไป

หลัก FET ถูกอ้างอิงครั้งแรกในกฎบัตรฮาวานา (Havana Charter)<sup>9</sup> ในปี พ.ศ. 2491 โดยใช้ชื่อว่า หลักปฏิบัติที่ยุติธรรมและเท่าเทียม (Just and Equitable Treatment) มีจุดประสงค์เพื่อคุ้มครองการลงทุนจากต่างชาติ ไม่ว่าจะเป็นด้านบริษัท (Enterprise) ทักษะ (Skills) ทุน (capital) ความสามารถ (Art) และเทคโนโลยีของประเทศสมาชิก นอกจากนี้ ยังกล่าวถึงสิทธิของประเทศสมาชิกที่ใช้ในการพิจารณาปรับการลงทุนจากผู้ลงทุนต่างชาติที่ควรเป็นไปอย่างยุติธรรม พร้อมกับมีข้อกำหนดที่สมเหตุสมผลต่อทั้งการลงทุนในปัจจุบันและในอนาคต อย่างไรก็ตาม กฎบัตรฮาวานาได้ถูกล้มเลิกไปในปี พ.ศ. 2494 เนื่องจากมีหลายประเด็นที่ไม่สามารถหาข้อสรุปได้ ทำให้ประเทศพัฒนาแล้วอย่างสหรัฐฯ และอังกฤษ ประกาศไม่ให้สัตยาบัน ส่งผลให้ประเทศสมาชิกที่เหลือดำเนินรอยตาม

หลัก FET เริ่มปรากฏชัดขึ้นใน BITs ในปี พ.ศ. 2510-2512 ซึ่งเป็นช่วงที่มีการทำ BITs ระหว่างประเทศกำลังพัฒนากับประเทศพัฒนาแล้วมากขึ้น อย่างไรก็ตาม แม้หลัก FET จะปรากฏใน BITs แล้วเป็นส่วนใหญ่ แต่ก็ยังไม่แพร่หลายนักในกลุ่มประเทศแถบเอเชีย (อาทิ BITs ที่ลงนามโดยปากีสถาน ซาอุดีอาระเบีย และสิงคโปร์) จนกระทั่งเมื่อปี พ.ศ. 2537 ที่โลกได้เข้าสู่ยุคโลกาภิวัตน์ (Globalization) เต็มรูปแบบ ทำให้เกิด BITs ขึ้นมากมายในยุคนั้น ประเทศต่าง ๆ เริ่มตระหนักถึงความสำคัญของหลัก FET มากขึ้น แม้แต่ประเทศที่เคยให้ความสำคัญกับการปกป้องสิทธิของคนในชาติมากกว่าผู้ลงทุนต่างชาติก็นำหลัก FET รวมไว้ในความตกลงฯ อาทิ BITs ระหว่างจีนกับซิติ เปู กับไทย บัลแกเรียกับกานา และสหรัฐอาหรับเอมิเรตส์กับมาเลเซีย ซึ่งนับว่าเป็นก้าวสำคัญในการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนต่อการลงทุนจากต่างชาติ

## 2.3 ทฤษฎีและหลักการของหลัก FET

หลักปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียมหรือ FET เป็นหลักมาตรฐานที่ได้รับการยอมรับในทางกฎหมายระหว่างประเทศที่ใช้คุ้มครองผู้ลงทุนต่างชาติจากการปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม ไม่ถูกต้อง หรือโดยพลการ เช่น การที่ประเทศผู้รับการลงทุนยกเลิกใบอนุญาตในการประกอบธุรกิจของผู้ลงทุนต่างชาติโดยพลการ การที่ประเทศผู้รับการลงทุนคุกคามผู้ลงทุนต่างชาติด้วยการเรียกเก็บค่าปรับหรือค่าสินไหมทดแทนที่ไม่เป็นธรรม หรือการสร้างอุปสรรคอื่น ๆ ต่อการทำธุรกิจของผู้ลงทุนต่างชาติ ซึ่งเป็นปัจจัยสำคัญที่สร้างความเชื่อมั่นต่อผู้ลงทุนต่างชาติในการเลือกที่จะเข้ามาลงทุนในประเทศผู้รับการลงทุน นอกจากนี้ยังเป็นหลักสำคัญที่มีส่วนปรากฏอยู่ในมาตรการอื่น ๆ ของความตกลงหรือสนธิสัญญาว่าด้วยการส่งเสริมการลงทุนในหลายฉบับ อาทิ มาตรการในการเวนคืนกิจการ หรือมาตรการในการส่งเงินกลับสู่ประเทศผู้ลงทุน

<sup>9</sup> กฎบัตรฮาวานา (Havana Charter) ถูกสร้างขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อจัดตั้งองค์การการค้าระหว่างประเทศ (International Trade Organization - ITO) เพื่อรักษาเสถียรภาพของระบบเศรษฐกิจ รวมถึงกิจกรรมการค้าระหว่างประเทศ และเพื่อดูแลจัดการระเบียบกติกา ตลอดจนข้อกีดกันทางการค้าต่าง ๆ ที่อาจเป็นอุปสรรคต่อการค้าระหว่างประเทศ

อย่างไรก็ดี ยังเป็นที่ถกเถียงกันอยู่มากกว่าควรจะตีความหลัก FET อย่างไร เนื่องจากยังไม่มี การบัญญัติถึงความหมายที่แท้จริง รวมถึงไม่มีมาตรฐานที่แน่นอนในการกำหนดหลักเกณฑ์หลัก FET บ้างก็ตีความไปตามตัวอักษร (Plain meaning) ซึ่งอาจจะต่างกันในแต่ละกรณี บ้างก็ตีความไปตาม หลักจารีตประเพณีระหว่างประเทศ (Customary International Law) หรือยึดตามมาตรฐานการ ปฏิบัติขั้นต่ำระหว่างประเทศ (Minimum Standard of Treatment) ตัวอย่างเช่น องค์การการค้า โลก (World Trade Organization – WTO)<sup>10</sup> ได้กล่าวถึงหลัก FET ไว้ว่ามีที่มาจากหลักจารีต ประเพณีระหว่างประเทศ โดยมีหลักการสำคัญที่มักปรากฏควบคู่กันคือ หลักการไม่เลือกปฏิบัติ (Non-discrimination) กล่าวคือ การกระทำใด ๆ ของรัฐที่จะต้องละเว้นจากการเลือกที่จะให้ หรือ ไม่ให้สิทธิพิเศษใด ๆ ต่อเอกชนต่างชาติหรือชนชาติใดชาติหนึ่งโดยเฉพาะ เช่น หากประเทศอังกฤษ ต้องการลงทุนในธุรกิจผลิตชิ้นส่วนอิเล็กทรอนิกส์ในประเทศไทย และไทยได้มีการประกาศให้สิทธิ พิเศษแก่ผู้ลงทุนชาวอังกฤษผู้นั้นโดยยกเว้นการเรียกเก็บภาษีขาเข้าสำหรับสินค้าวัตถุดิบ ประเทศไทย ก็ต้องให้สิทธิพิเศษแก่คนชาติอื่นที่ต้องการมาลงทุนในไทยในลักษณะธุรกิจเดียวกันเช่นเดียวกับที่ ให้กับคนอังกฤษ หรือจากงานวิจัยจากศูนย์ว่าด้วยบริษัทข้ามชาติแห่งสหประชาชาติ (United Nations Centre on Transnational Corporations – UNCTC)<sup>11</sup> ที่ได้ให้ความหมายของหลัก FET ไว้ว่าเป็น ทฤษฎีและมาตรฐานในทางกฎหมายระหว่างประเทศ โดยมีส่วนประกอบสำคัญที่ต้อง พิจารณาเพื่อให้เกิดการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียม ได้แก่ การไม่เลือกปฏิบัติ การยึดตาม มาตรฐานขั้นต่ำระหว่างประเทศ (International Minimum Standard) และหน้าที่ในการปกป้อง ทรัพย์สินของต่างชาติ (Duty of Protection of Foreign Property by the Host State) โดย หลักการไม่เลือกปฏิบัตินั้นมีหลักการเช่นเดียวกับที่กล่าวถึงแล้วโดย WTO ในขณะที่หน้าที่ในการ ปกป้องทรัพย์สินของต่างชาตินั้น ผู้เขียนเห็นว่ามีความเกี่ยวข้องกับหลักมาตรฐานขั้นต่ำระหว่าง ประเทศ จึงขอสรุปความรวมกันดังนี้

หลักมาตรฐานขั้นต่ำระหว่างประเทศนั้นมีที่มาจากในประเทศตะวันตก โดยถือว่าเมื่อรัฐ ยอมรับให้คนต่างชาติเข้ามาอาศัยอยู่ในดินแดนของตนเอง รัฐเจ้าของดินแดนจะต้องปฏิบัติต่อคน ต่างชาตินั้นอย่างผู้มีมารยาท (Civilized Manner) ตามกฎหมายภายในด้วยความเป็นธรรม และ ต้องไม่ขัดต่อระเบียบแบบแผนการปฏิบัติระหว่างประเทศ หรืออีกนัยคือ แม้รัฐจะมีอำนาจอธิปไตย เหนือดินแดนของตนในการกำหนดบทบาทหน้าที่ของตนเอง แต่ก็ต้องคำนึงถึงมาตรฐานระหว่าง ประเทศด้วย รวมถึงหากมีการลงทุนจากต่างชาติ รัฐผู้รับการลงทุนนั้นจะต้องให้ความคุ้มครองและ ความปลอดภัยอย่างเต็มที่ในชีวิตและทรัพย์สินของปัจเจกชนผู้ลงทุนต่างชาตินั้นในดินแดนของตนเอง

นอกจากการตีความดังที่ได้กล่าวข้างต้น หากพิจารณาความหมายของคำอย่างกว้างของหลัก ปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียมแล้ว อาจอธิบายเพิ่มเติมได้ดังนี้ว่า<sup>12</sup> คำว่า “เป็นธรรม” (Fair) หมายถึง การกระทำของรัฐต่อชาวต่างชาติที่ประกอบด้วยเหตุและผล และตั้งอยู่บนพื้นฐานของความ

<sup>10</sup> Working Group on the Relationship between Trade and Investment (2002). “Non-Discrimination, Most-Favoured-Nation Treatment and National Treatment” WTO. p.118.

<sup>11</sup> United Nations Centre on Transnational Corporations (1988). “Bilateral Investment Treaties” United Nations. p.42.

<sup>12</sup> ศิริชัย มงคลเกียรติศรี (2540). “ความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนอาเซียน ค.ศ. 1987 : ศึกษา เปรียบเทียบกับความตกลงทวิภาคีที่ประเทศไทยทำกับสมาชิกอาเซียน” คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 35

ยุติธรรม ซึ่งโดยปกติต้องอยู่ภายใต้กรอบของกฎหมายที่เรียกว่าหลักนิติธรรม (Rules of Law)<sup>13</sup> หรือ อาจหมายถึงความถึง ความเท่าเทียมกันโดยไม่เข้าข้างกับฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดและจะต้องเป็นไปโดยสุจริต ปราศจากอคติใด ๆ เช่น ในเรื่องการประกาศอัตราแลกเปลี่ยนเงินตรา หากประเทศไทยได้มีการ ประกาศอัตราแลกเปลี่ยนเงินตราต่างประเทศของไทยในอัตราใดแล้ว ก็จะต้องใช้อัตราแลกเปลี่ยน ดังกล่าวในอัตราเดียวกันกับทั้งคนไทยและคนต่างชาตินั้น จะกำหนดอัตราแลกเปลี่ยนให้มีลักษณะที่ แตกต่างกันได้ไม่ได้ ไม่เช่นนั้นจะถือว่าไม่เป็นธรรมและอาจก่อให้เกิดปัญหาตามมาได้

ส่วนคำว่า “เท่าเทียม” (Equitable) นั้นหมายความถึง การปฏิบัติหรือการดำเนินการของรัฐ ต่อผู้ลงทุนต่างชาติที่เท่าเทียมกับการปฏิบัติต่อคนชาติของตนเอง โดยอยู่บนพื้นฐานของกฎหมาย ไม่ คำนึงถึงปัจจัยอื่น อาทิ เพศ เชื้อชาติ ศาสนา ซึ่งจำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องตั้งอยู่บนพื้นฐานแห่งหลัก สุจริต (Good Faith principle)<sup>14</sup> ด้วย โดยแต่เดิมนั้นหลักเกณฑ์แห่งความเท่าเทียมมักจะถูกกล่าวถึง ในเรื่องการใช้สิทธิทางการศาลของคนต่างชาติภายในรัฐใดรัฐหนึ่งว่ากระบวนการในการดำเนินวิธี พิจารณานั้นจะต้องก่อให้เกิดความเป็นธรรมและเท่าเทียมมากที่สุด แต่ในปัจจุบันหลักเกณฑ์เรื่อง ความเท่าเทียมได้พัฒนามาสู่กฎหมายธุรกิจด้วย โดยเฉพาะอย่างยิ่งในเรื่องการคุ้มครองสิทธิใน ส่วนของเครื่องหมายการค้า สิทธิบัตรและลิขสิทธิ์ โดยจะปรากฏความคู่กับหลักความเป็นธรรมอยู่เสมอ

## 2.4 ความสำคัญของหลัก FET

หลักปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียมหรือ FET นั้นมีความสำคัญ เพราะเป็นหลักมาตรฐานที่ ใช้คุ้มครองผู้ลงทุนต่างชาติจากการปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม ไม่ถูกต้อง หรือโดยพลการ ซึ่งเป็นหนึ่งใน ปัจจัยสำคัญที่สร้างความเชื่อมั่นต่อผู้ลงทุนต่างชาติในการเลือกที่จะเข้ามาลงทุนในประเทศผู้รับการ ลงทุน และอาจส่งผลถึงทิศทางของเงินลงทุนโดยตรงจากต่างชาติ (Foreign Direct Investment – FDI) ซึ่งเป็นส่วนประกอบสำคัญของการเจริญเติบโตทางเศรษฐกิจของประเทศ ดังที่ได้กล่าวในบทที่ 1

ประเทศไทยเอง ยังไม่ได้มีการบัญญัติหลัก FET ไว้ในกฎหมายการลงทุนภายในประเทศตาม พระราชบัญญัติส่งเสริมการลงทุน พ.ศ. 2520 เนื่องจากอาจเห็นว่าหลัก FET ยากต่อการตีความ และ ขาดความชัดเจนในเนื้อหา ซึ่งอาจทำให้ถูกตีความหรือบังคับใช้ไปในทางที่เป็นโทษต่อประเทศได้ อาทิ หากตีความคำว่าเป็นธรรมและเท่าเทียมไปทางที่ สุดโต่ง (Unqualified promise) โดยปกป้องผู้ลงทุน ต่างชาติอย่างไม่มีเงื่อนไข จะเป็นการจำกัดอำนาจในการเปลี่ยนหรือการออกนโยบายใหม่ ๆ ของไทย (ที่อาจส่งผลกระทบต่อผู้ลงทุนต่างชาติ) ซึ่งอาจทำให้เกิดปัญหาตามมาได้ อย่างไรก็ตาม ใน สันธิสัญญาหรือความตกลงเกี่ยวกับการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนหรือ BITs ที่ไทยได้ทำไว้กับ

<sup>13</sup> หลักนิติธรรม หมายถึง หลักพื้นฐานแห่งกฎหมาย ที่กฎหมาย กระบวนการยุติธรรม หรือการกระทำใด ๆ จะต้อง ไม่ฝ่าฝืน ขัดหรือแย้งต่อหลักนิติธรรม: ตูคณะกรรมาธิการอิสระว่าด้วยการส่งเสริมหลักนิติธรรมแห่งชาติ และคณะ (2557). “หลักนิติธรรม The Rule of Law ความหมาย สาระสำคัญ และผลของการฝ่าฝืนหลักนิติธรรม” สำนักงานปลัดกระทรวงยุติธรรม. หน้า 1-7 อาทิ หลักความเป็นอิสระและความเป็นกลางของผู้พิพากษา กฎหมาย อาญาไม่มีผลย้อนหลังเป็นโทษ เจ้าหน้าที่รัฐจะใช้อำนาจได้เท่าที่กฎหมายบัญญัติไว้

<sup>14</sup> หลักสุจริต มีจุดมุ่งหมายที่แท้จริงคือ ความยุติธรรมภายใน หรือความยุติธรรมตามเนื้อเรื่อง (Substantial Justice): ดูหยุด แสงอุทัย (2519). “ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมาย” โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 102 รัฐจะต้องออกข้อบังคับของกฎหมายและการวินิจฉัยคดีให้สอดคล้องกับมาตรฐานแห่งความยุติธรรม ดังนั้นจึง เป็นหน้าที่ของผู้ใช้กฎหมายต้องวินิจฉัยตามหลักความเป็นธรรมและความถูกต้องตามหลักคุณธรรม ความซื่อสัตย์ และความไว้วางใจ

ประเทศต่าง ๆ สำหรับการลงทุนของคนชาติของรัฐภาคีตั้งแต่อดีตจนถึงปัจจุบัน ได้มีการบัญญัติหลัก FET ไว้แทบทุกฉบับ เพราะเชื่อว่าหลักนี้เป็นปัจจัยสำคัญที่กระตุ้นให้เกิดการแข่งขันที่เป็นธรรม ส่งเสริมการลงทุนต่อทั้งภายในและภายนอกประเทศ และส่งผลดีต่อภาคเศรษฐกิจโดยรวม ตัวอย่างเช่น<sup>15</sup>

(1) สนธิสัญญาทางไมตรีและความสัมพันธ์ทางเศรษฐกิจระหว่างราชอาณาจักรไทยกับสหรัฐอเมริกา (Treaty of Amity and Economic Relations between The Kingdom of Thailand and the United States of America) ที่ทำเมื่อปี พ.ศ. 2509 ได้กล่าวถึงหลัก FET ในข้อบทที่ 3 โดยวางหลักไว้ว่าภาคีแต่ละฝ่ายจะทำให้เกิดการปฏิบัติอย่างเป็นธรรมและเท่าเทียมต่อคนชาติและบริษัทของภาคีอีกฝ่ายหนึ่งอยู่เสมอ

(2) ความตกลงว่าด้วยความร่วมมือทางเศรษฐกิจระหว่างรัฐบาลแห่งราชอาณาจักรไทยกับรัฐบาลแห่งราชอาณาจักรเนเธอร์แลนด์ ที่ทำเมื่อปี พ.ศ. 2515 ได้กล่าวถึงหลัก FET ในข้อบทที่ 7 โดยวางหลักไว้ว่าภาคีคู่สัญญาแต่ละฝ่ายจะจัดให้มีการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียมสำหรับการลงทุน สิทธิและผลประโยชน์ของคนชาติของภาคีคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง

(3) ความตกลงระหว่างรัฐบาลแห่งราชอาณาจักรไทยกับรัฐบาลแห่งสหราชอาณาจักรบริเตนใหญ่ และไอร์แลนด์เหนือว่าด้วยการส่งเสริมการลงทุนและการคุ้มครองทรัพย์สินที่ใช้ลงทุน ที่ทำเมื่อปี พ.ศ. 2521 วางหลักไว้ว่ารัฐภาคีจะต้องให้การปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียมแก่การลงทุนของคนชาติ หรือบริษัทของภาคีผู้ทำสัญญา

(4) ความตกลงระหว่างรัฐบาลแห่งบรูไน ดารุสซาลาม สาธารณรัฐอินโดนีเซีย มาเลเซีย สาธารณรัฐฟิลิปปินส์ สาธารณรัฐสิงคโปร์และราชอาณาจักรไทยว่าด้วยการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุน ที่ทำเมื่อปี พ.ศ. 2530 ได้กล่าวถึงหลัก FET ในข้อบทที่ 3 ว่าด้วยพันธกรณีทั่วไป โดยวางหลักไว้ว่าจะต้องมีการให้ความคุ้มครองการลงทุนของคนชาติ หรือบริษัทของภาคีผู้ทำสัญญารัฐอื่นภายในดินแดนของตนอย่างเป็นธรรมและเท่าเทียม

(5) ความตกลงระหว่างรัฐบาลแห่งราชอาณาจักรไทยกับสาธารณรัฐสังคมนิยมเวียดนามเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุน ที่ทำเมื่อปี พ.ศ. 2534 ได้กล่าวถึงหลัก FET ในข้อบทที่ 4 วรรค 1 โดยวางหลักไว้ว่า หลักประกันของผู้ลงทุนที่มีสัญชาติของรัฐภาคีอีกฝ่ายในความตกลงในเรื่องของการลงทุนและผลตอบแทนจากการลงทุนนั้นจะต้องได้รับการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียม ซึ่งครอบคลุมถึงเรื่องการค้าแรงงานของผู้ลงทุน อาทิ การใช้ การจำหน่ายจ่ายโอนทรัพย์สินในการลงทุนด้วย

(6) ความตกลงระหว่างรัฐบาลแห่งราชอาณาจักรไทยกับรัฐบาลแห่งสาธารณรัฐฟิลิปปินส์เพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุน ที่ทำเมื่อปี พ.ศ. 2538 ได้กล่าวถึงหลัก FET ในข้อบทที่ 3 วรรค 2 โดยวางหลักไว้ว่า ผู้ลงทุนอีกฝ่ายจะได้รับการประกันว่าตนนั้นจะปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียมในกิจกรรมต่าง ๆ ที่เกี่ยวเนื่องกับการลงทุนนั้น ๆ อาทิ การใช้มาตรการในการออกใบอนุญาต ความปลอดภัยในทรัพย์สิน หรือการส่งเงินกลับประเทศ เช่นเดียวกับที่ผู้ลงทุนของตน หรือผู้ลงทุนคนชาติของรัฐใด ๆ ได้รับความคุ้มครองตามกฎข้อบังคับในการได้รับการส่งเสริมการลงทุนของประเทศผู้รับการลงทุน โดยไม่มีการเลือกปฏิบัติ

<sup>15</sup> อ้างแล้ว, เชิงอรรถที่ 12. หน้า 34-35, 42-43, 46-47

(7) สนธิสัญญาระหว่างไทยกับเยอรมนีเกี่ยวกับการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนต่างตอบแทน (Germany-Thailand BIT) ที่ทำเมื่อปี พ.ศ. 2545 ได้กล่าวถึงหลัก FET ในข้อ 2 ในเรื่องการยอมรับ การคุ้มครอง และการปฏิบัติต่อการลงทุน โดยวางหลักไว้ว่าภาคีสัญญาแต่ละฝ่ายจะให้การปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียม และให้ความคุ้มครองผู้ลงทุนของภาคีสัญญาอีกฝ่ายอย่างเต็มที่ในการลงทุนและผลตอบแทนจากการลงทุนนั้นในดินแดนของตน

(8) ความตกลงการค้าเสรีระหว่างไทยกับออสเตรเลีย (Thailand-Australia Free Trade Agreement – TAFTA) ที่ทำเมื่อปี พ.ศ. 2546 ได้กล่าวถึงหลัก FET ในข้อ 909 ในเรื่องการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุน โดยวางหลักไว้ว่าภาคีแต่ละฝ่ายมีหน้าที่ทำให้มั่นใจว่าจะให้การปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียมต่อการลงทุนในดินแดนของตน

อย่างไรก็ดี แม้ได้มีการบัญญัติหลักนี้ไว้ใน BITs แล้ว แต่ก็ยังพบว่าในคดีความต่าง ๆ ที่เกิดการฟ้องร้อง มักจะมีการระบุประเด็นที่ประเทศผู้รับการลงทุนฝ่าฝืนหลัก FET อยู่เสมอ ตัวอย่างเช่น ในกรณีประเทศไทยที่ บริษัท คิงส์เกต คอนโซลิเต็ด จำกัด (Kingsgate Consolidated Limited) ผู้ประกอบการเหมืองแร่ของออสเตรเลีย ได้ยื่นข้อเรียกร้องให้รัฐบาลไทยชดเชยค่าเสียหายทางธุรกิจมูลค่าราว 30,000 ล้านบาท จากกรณีที่ พล.อ.ประยุทธ์ จันทร์โอชา นายกรัฐมนตรี และหัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติ (คสช.) ใช้อำนาจตามมาตรา 44 ออกคำสั่ง คสช. เรื่องการแก้ปัญหาผลกระทบจากการประกอบกิจการเหมืองแร่ทองคำ<sup>16</sup> ส่งผลให้ผู้ประกอบการที่ได้รับประทานบัตรและใบอนุญาตทุกประเภทยุติการทำเหมืองตั้งแต่วันที่ 1 มกราคม พ.ศ. 2560 เป็นต้นมา และให้เร่งฟื้นฟูสิ่งแวดล้อม มีผลให้บริษัท อัครา รีซอร์สเซส (Akara Resources Public Co Limited) ซึ่งมีบริษัท คิงส์เกต เป็นผู้ร่วมทุนใหญ่ หยุดทำเหมืองแร่ทองคำ จังหวัดพิจิตร เพชรบูรณ์ และพิษณุโลก เพราะเป็นผู้ประกอบกิจการเหมืองแร่ทองคำรายเดียวที่ยังดำเนินการอยู่ กรณีนี้บริษัท คิงส์เกต ได้ว่าจ้างบริษัท คลิฟฟอร์ด ชานซ์ (Clifford Chance) บริษัทที่ปรึกษากฎหมายชื่อดังระดับโลก ฟ้องร้องประเทศไทยว่าฝ่าฝืนกฎเกณฑ์ตามความตกลงการค้าเสรีระหว่างไทยกับออสเตรเลีย (Thailand-Australia Free Trade Agreement – TAFTA) ในหลายประเด็น ซึ่งหนึ่งในนั้นก็คือเรื่องการฝ่าฝืนหลัก FET โดยบริษัท คลิฟฟอร์ด ชานซ์ ตีความหลักนี้ได้อย่างน่าสนใจไว้ 3 ประเด็น<sup>17</sup> คือ

(1) ประเทศผู้รับการลงทุน (Host State) ต้องให้ความคุ้มครองและเคารพความคาดหวังขั้นพื้นฐาน (Basic expectations) ของผู้ลงทุนต่างชาติต่อการลงทุนในประเทศตน

(2) ประเทศผู้รับการลงทุนต้องรักษาให้กระบวนการใช้กฎหมายสำหรับการลงทุนมีความโปร่งใส (Transparent) มั่นคง (Stable) และสามารถคาดการณ์ได้ (Predictable)

(3) ประเทศผู้รับการลงทุนมีหน้าที่ระงับการปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม ไม่ถูกต้อง หรือโดยผลการต่อผู้ลงทุนต่างชาติหรือการลงทุนจากต่างชาติ

จากตัวอย่างดังกล่าว จะเห็นได้ว่าหลัก FET ตาม BITs นั้นมีการตีความที่ขึ้นกับอยู่กับบริบทยืดหยุ่นไปตามสถานการณ์ และยังไม่มีความชัดเจน เพราะหากพิจารณาใน TAFTA แล้ว จะพบว่าในความตกลงฯ ได้บัญญัติถึงหลัก FET เพียงว่าให้ภาคีแต่ละฝ่ายทำให้มั่นใจว่าจะให้การปฏิบัติ

<sup>16</sup> ทีมข่าวเศรษฐกิจ (2560). “ไทย-ออสเตรเลีย ส่อได้ข้อยุติ ปิดเหมืองทองอัครา ชง ครม.ชดเชยความเสียหาย” ไทยรัฐออนไลน์

<sup>17</sup> Kingsgate Consolidated Limited (2017). “Update on Legal Proceedings regarding Chatree Gold Mine, Thailand” Public Release vis ASX Online.

ต่อการลงทุนในดินแดนของตนอย่างเป็นทางการเป็นธรรมและเท่าเทียมเท่านั้น (ไม่ได้ระบุรายละเอียดใน 3 ประเด็นอย่างที่บริษัท คลิฟฟอร์ด ชานซ์ ดีความ) ด้วยเหตุนี้การศึกษาถึงระดับชั้นของหลัก FET ตามทางเลือกนโยบายในระดับต่าง ๆ (Framework for International Investment Agreements (IIAs): Policy Options) ภายใต้กรอบนโยบายการลงทุนเพื่อการพัฒนาที่ยั่งยืนขององค์การ (UNCTAD's Investment Policy Framework for Sustainable Development – IPFSD) จึงเป็นแนวทางที่น่าสนใจ เพราะได้กำหนดระดับชั้นในการใช้หลัก FET ให้ชัดเจน และได้เพิ่มมิติของการพัฒนาที่ยั่งยืนเข้าไปด้วย และหากสามารถนำมาบัญญัติไว้ในกฎหมายส่งเสริมการลงทุนของไทย ผู้เขียนเชื่อว่าจะส่งผลดีต่อประเทศในระยะยาว เพราะจะทำให้ผู้ลงทุนต่างชาติมีความเชื่อมั่นต่อการลงทุนในประเทศไทยมากขึ้น ส่งผลให้ FDI ไหลเข้าประเทศสูงขึ้น ซึ่งจะเป็นผลดีต่อเศรษฐกิจไทยในที่สุด

## 2.5 ระดับชั้นของหลัก FET ตามทางเลือกนโยบายในระดับต่าง ๆ (Framework for International Investment Agreements (IIAs): Policy Options) ภายใต้กรอบนโยบายการลงทุนเพื่อการพัฒนาที่ยั่งยืนขององค์การ (UNCTAD's Investment Policy Framework for Sustainable Development – IPFSD)

ด้วยสถานะเศรษฐกิจ สังคม และสิ่งแวดล้อมในโลกยุคปัจจุบันที่มีการเปลี่ยนแปลงไปอย่างต่อเนื่อง ส่งผลให้ประชาคมโลกเริ่มตระหนักถึงความสำคัญของการส่งเสริมคุณภาพสังคมและการรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมมากขึ้น การพัฒนาที่ยั่งยืนจึงเป็นหนึ่งในแนวทางสำคัญที่นานาประเทศให้ความสนใจ โดยในรายงานการลงทุนของโลก (World Investment Report) เมื่อปี พ.ศ. 2555 ของการประชุมสหประชาชาติเพื่อการค้าและการพัฒนา (United Nations Conference on Trade and Development – UNCTAD) ได้มีการพัฒนารอบนโยบายการลงทุนเพื่อการพัฒนาที่ยั่งยืนขึ้น และมีการปรับปรุงพัฒนาอย่างต่อเนื่องเรื่อยมาจนถึงปัจจุบัน เพื่อเป็นแนวทางพื้นฐานแก่ผู้กำหนดนโยบาย (Policymakers) ของประเทศต่าง ๆ ในการนำไปประยุกต์ใช้เพื่อจัดทำนโยบายด้านการลงทุน อันมุ่งหวังให้ประเทศเหล่านั้นสามารถบรรลุการพัฒนาที่ยั่งยืนได้ในอนาคต ซึ่งในที่สุดแล้วก็จะส่งผลต่อดีการเจริญเติบโตของเศรษฐกิจของประเทศในระยะยาว

ดังที่ได้กล่าวถึงในหัวข้อ 2.4 ว่าหลักปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียมหรือ FET เป็นหลักที่มีความสำคัญในการพิจารณาการลงทุนของผู้ลงทุนต่างชาติที่มีต่อประเทศผู้รับการลงทุน เพราะเป็นการคุ้มครองผู้ลงทุนต่างชาติและการลงทุนของเขาจากการปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม ไม่ถูกต้องหรือโดยพลการ รวมถึงเป็นมาตรฐานสำคัญที่แสดงถึงความใส่ใจในเรื่องคุณธรรมและช่วยส่งเสริมให้เกิดธรรมาภิบาล (Good Governance)<sup>18</sup> ของประเทศผู้รับการลงทุน หากแต่ยังขาดความชัดเจนอยู่บ้างในบางประเด็น ดังนั้น ผู้เขียนจึงเห็นว่าการศึกษาถึงระดับชั้นของหลัก FET โดยอ้างอิงตามทางเลือกนโยบายในระดับต่าง ๆ ภายใต้กรอบนโยบายการลงทุนเพื่อการพัฒนาที่ยั่งยืนขององค์การหรือ IPFSD เป็นหนึ่งในแนวทางที่น่าสนใจที่จะทำให้การปรับใช้หลัก FET มีความชัดเจนมากขึ้น และอยู่ภายใต้กรอบของ

<sup>18</sup> หลักธรรมาภิบาล คือ หลักการปกครอง การบริหารจัดการและควบคุมดูแลกิจการต่าง ๆ ให้อยู่ในครรลองธรรม โดยสำนักงานคณะกรรมการข้าราชการพลเรือนได้กำหนดส่วนประกอบของหลักธรรมาภิบาลไว้อย่างน่าสนใจว่า ประกอบด้วย 1. หลักคุณธรรม 2. หลักนิติธรรม 3. หลักความโปร่งใส 4. หลักความมีส่วนร่วม 5. หลักความรับผิดชอบ และ 6. หลักความคุ้มค่า ซึ่งควรจะต้องอยู่บนความสมดุลในทุกมิติ

การพัฒนาที่ยั่งยืน ที่กำลังเป็นแนวโน้มสำคัญด้านการพัฒนาของอารยประเทศและภูมิภาคในโลกยุคปัจจุบัน โดยทางเลือกนโยบายดังกล่าว มีระดับขั้นดังต่อไปนี้

**(1) การมีความผูกพันอย่างไม่มีเงื่อนไข (Unqualified Commitment) ที่จะปฏิบัติต่อผู้ลงทุนต่างชาติหรือการลงทุนของเขายังเป็นธรรมและเท่าเทียม**

การมีความผูกพันอย่างไม่มีเงื่อนไขนั้น แม้จะเป็นทางเลือกที่คุ้มครองผู้ลงทุนต่างชาติอย่างสูงสุด (Maximum Protection) แต่ขณะเดียวกันก็เป็นการเพิ่มความเสี่ยงในการฟ้องร้องของผู้ลงทุนต่างชาติที่มีต่อประเทศผู้รับการลงทุน โดยอาจส่งผลกระทบต่อความรับผิดชอบทางการเงินของรัฐ รวมถึงอาจเป็นการจำกัดอำนาจในการเปลี่ยนหรือกำหนดนโยบายใหม่ ๆ ที่เป็นสาธารณประโยชน์ของประเทศผู้รับการลงทุน (ที่อาจส่งผลกระทบต่อผู้ลงทุนต่างชาติ) ซึ่งอาจทำให้เกิดปัญหาอื่นตามมาได้

**(2) การปรับมาตรฐาน FET โดยอ้างอิงกับมาตรฐานขั้นต่ำในการปฏิบัติต่อผู้ลงทุนต่างชาติ (Minimum Standard of Treatment of Aliens – MST) ภายใต้จารีตประเพณีระหว่างประเทศ (Customary International Law – CIL)**

การอ้างอิงจารีตประเพณีระหว่างประเทศ อาจช่วยให้รัฐสามารถปรับเปลี่ยนนโยบายสาธารณะ (Public Policies) ได้บ้างตามสถานการณ์ (ต่างจากกรณีแรกๆ ที่ห้ามมีการปรับเปลี่ยนนโยบายที่ส่งผลกระทบต่อผู้ลงทุนต่างชาติเลย) เว้นเสียแต่ว่าเครื่องมือเหล่านั้นเป็นการปฏิบัติที่ผิดอย่างร้ายแรง (Egregious Mistreatment) ต่อผู้ลงทุนต่างชาติอย่างชัดเจน

อย่างไรก็ดี แนวทางการอ้างอิง MST และ CIL นั้น ยังมีเนื้อหาบางส่วนที่อาจต้องตีความหลายชั้นหรือยากที่จะทำความเข้าใจ วิธีแก้ทางหนึ่งก็คือ ทุกฝ่ายควรระบุให้ชัดว่า การกระทำแบบใดที่เป็นการฝ่าฝืนหลักมาตรฐานระหว่างประเทศ (Short of International Standards) เป็นการกระทำที่โหดเหี้ยม (Outrage) เป็นการกระทำโดยไม่สุจริต (Bad Faith) หรือมีเจตนาที่จะละเลยในการปฏิบัติหน้าที่ (Wilful Neglect of Duty) ซึ่งจะทำให้ช่วยยืนยันได้ตั้งแต่เริ่มต้นในการตรวจสอบว่าการกระทำใดเป็นการฝ่าฝืนหลักดังกล่าว

**(3) การแทนที่หรือระบุหลัก FET ให้ชัดเจนด้วยการบัญญัติไว้ในภาระหน้าที่ของรัฐอย่างครบถ้วน (Exhaustive List of State Obligations)**

การแทนที่หรือระบุหลัก FET ให้ชัดเจนด้วยการบัญญัติไว้ในภาระหน้าที่ของรัฐอย่างครบถ้วนนั้นเป็นอีกหนึ่งทางเลือกที่น่าสนใจ เพราะเป็นการหลีกเลี่ยงการตีความที่ไม่คาดคิด หรือการตีความที่กว้างเกินไปของศาลยุติธรรม (Unanticipated and Far-reaching Interpretations) ที่อาจส่งผลกระทบต่ออย่างรุนแรงต่อผู้ลงทุน โดยทุกฝ่ายควรมีการสร้างกลไกให้เกิดการปรับปรุง พัฒนาและทบทวนกรณีต่าง ๆ อยู่เสมอ (Periodic Review) เพื่อให้เป็นไปตามพัฒนาการของการระงับข้อพิพาทในระดับสากล

ตัวอย่างของการปรับหลัก FET ในระดับขั้นนี้ เช่น ระบุให้เป็นภาระหน้าที่ของรัฐที่ต้อง

- ดำรงความยุติธรรมในการพิจารณาคดีความหรือกระบวนการพิจารณาทางกฎหมาย (Judicial or Administrative Proceedings)

- ปฏิเสธการปฏิบัติใด ๆ ที่ทำโดยพลการอย่างชัดแจ้ง (Manifestly Arbitrary Manner) ต่อผู้ลงทุน

- ไม่กระทำการใด ๆ ที่ชัดเจนว่าเป็นการฝ่าฝืนหลักคุณนิติกระบวนการ หรือหลักกระบวนการที่ชอบด้วยกฎหมาย (Due Process of Law)

- ไม่ก่อให้เกิดการมีส่วนร่วมอย่างชัดเจนในการปฏิบัติที่ไม่ถูกต้อง ที่เกี่ยวข้องกับการบีบบังคับ หรือการข่มขู่อย่างไม่มีเหตุผล (Unjustified Coercion or Harassment) และอย่างต่อเนื่อง
- ไม่ละเมิดต่อความคาดหวังที่ชอบด้วยกฎหมาย (Legitimate Expectations) ของผู้ลงทุนที่มีต่อตัวแทนหรือมาตรการในการกระตุ้นการลงทุน (Investment-inducing Representations or Measures)

**(4) การระบุให้ชัดเจน (โดยให้ความเห็นหรือแนวทางในการตีความแก่นักทูลาการในการระงับข้อพิพาท) ว่า**

- หลัก FET นั้น รวมถึงพันธกรณีในการดำรงความยุติธรรมในการพิจารณาคดีอาญา คดีแพ่ง และคดีปกครอง (Criminal, Civil or Administrative Proceedings)
- การที่ประเทศผู้รับการลงทุนฝ่าฝืนเงื่อนไขอื่น ๆ ของความตกลงฯ ฉบับเดียวกัน หรือความตกลงระหว่างประเทศฉบับอื่น ไม่ถือเป็นข้อกล่าวอ้างว่าการกระทำเหล่านั้นเป็นการละเมิดบทบัญญัตินี้
- หลัก FET มิได้ห้ามรัฐใช้หลักสุจริตแห่งกฎหมาย (Good Faith Regulatory) หรือเครื่องมืออื่น ๆ ของรัฐในการดำเนินนโยบายให้เป็นที่ไปตามกฎหมาย

**(5) การลดหลัก FET ให้เป็นเพียงถ้อยแถลงทางนโยบายที่อาจก่อให้เกิดข้อผูกพันทางการเมือง (Political Commitment) แทนที่จะใช้ในฐานะที่เป็นมาตรฐานทางกฎหมายในการดำเนินการต่าง ๆ (Operative Legal Standard)**

การลดหลัก FET ให้เป็นเพียงถ้อยแถลงทางนโยบายที่อาจก่อให้เกิดข้อผูกพันทางการเมือง แทนที่จะใช้ในฐานะที่เป็นมาตรฐานทางกฎหมายในการดำเนินการต่าง ๆ นั้น เป็นการลดระดับในการบังคับใช้ลงจนเกือบเท่ากับการไม่ใช้หลัก FET เลย เพราะจะทำให้ไม่มีผลผูกพันทางกฎหมาย (Legally Binding) แต่ยังสามารถคงลักษณะของหลักนี้ไว้ได้อยู่ (Best Endeavor Character) อาทิ การบัญญัติหลัก FET ไว้เฉพาะแต่ในอารัมภบทหรือบทนำ (Preamble) ของความตกลงฯ โดยแม้จะไม่มีผลผูกพันทางกฎหมาย แต่ก็สามารถช่วยเสริมแนวทางในการตีความหลัก FET ในส่วนอื่น ๆ ของความตกลงฯ ได้

**(6) การไม่ใช้หลัก FET**

ทางเลือกสุดท้าย คือ การไม่ใช้หลัก FET เลย โดยทางเลือกนี้แม้จะเป็นการลดความเสี่ยงของรัฐในการถูกฟ้องร้องโดยผู้ลงทุนต่างชาติ เพราะเป็นการลดข้อเรียกร้องต่าง ๆ ของผู้ลงทุนลง แต่ขณะเดียวกันก็เป็นการลดคุณค่าของความคุ้มครองผู้ลงทุนในความตกลงฯ (Protective Value of the Agreement) ซึ่งอาจส่งผลกระทบต่อความเชื่อมั่นของผู้ลงทุนต่างชาติในการลงทุนในประเทศผู้รับการลงทุนได้

กล่าวโดยสรุป เนื้อหาในบทนี้เริ่มต้นถึงความเป็นมาและสาระสำคัญของความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนโดยสังเขป ได้อธิบายถึงที่มาของหลัก FET ที่ปรากฏในความตกลงฯ กล่าวถึงทฤษฎี หลักการ และความสำคัญของหลัก FET โดยได้ยกตัวอย่างหลัก FET ที่ปรากฏในความตกลงฯ ที่ไทยได้ทำไว้กับประเทศต่าง ๆ ประกอบ รวมถึงตัวอย่างการตีความหลัก FET โดยบริษัท คลิฟฟอร์ด ชานซ์ ตามความตกลงการค้าเสรีระหว่างไทยกับออสเตรเลียหรือ TAFTA และได้นำเสนอระดับขั้นของหลัก FET ตามทางเลือกนโยบายในระดับต่าง ๆ ภายใต้กรอบนโยบายการลงทุน เพื่อการพัฒนาที่ยั่งยืนขององค์ถัด เพื่อเป็นแนวทางในการนำหลัก FET มาปรับใช้ให้เกิดความชัดเจน



มากยิ่งขึ้น ในบทถัดไป ผู้เขียนจะกล่าวถึงหลัก FET ที่ปรากฏในกฎหมายการลงทุนประเทศของเมียนมาร์ (Myanmar Investment Law) ซึ่งถือว่าเป็นพัฒนาการที่สำคัญเพราะเป็นครั้งแรกที่มีการบัญญัติหลักดังกล่าวลงในกฎหมายการลงทุนภายในของประเทศเมียนมาร์

### บทที่ 3

#### หลักปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียม (FET) ในกฎหมายการลงทุนของประเทศเมียนมาร์

ประเทศเมียนมาร์เป็นประเทศที่มีความคล้ายคลึงกับไทยมาก ไม่ว่าจะเป็นด้านศาสนา ที่ประชากรนับถือศาสนาพุทธเป็นส่วนใหญ่ ด้านวัฒนธรรม วิถีชีวิตและขนบธรรมเนียมประเพณี ที่มีประวัติร่วมกันมาช้านาน และด้านทรัพยากรธรรมชาติ ที่มีความอุดมสมบูรณ์ มีภูมิอากาศที่ไม่ต่างกัน นอกจากนี้ เมียนมาร์ยังมีจำนวนประชากรที่ใกล้เคียงกับไทย มีอาณาเขตติดกับไทยมากที่สุด รวมถึงมีผู้อยู่ในวัยแรงงานจำนวนมากและค่าแรงต่ำที่สุดในกลุ่มประเทศเพื่อนบ้าน CLMV โดยเมื่อพิจารณาถึงตัวเลขเงินลงทุนโดยตรงจากต่างประเทศ (Foreign Direct Investment – FDI) ในประเทศเมียนมาร์ พบว่าในช่วง 4 ปีที่ผ่านมามีแนวโน้มเพิ่มขึ้น เหตุผลสำคัญประการหนึ่งน่าจะเป็นเพราะผู้ลงทุนต่างชาติให้ความเชื่อมั่นในการลงทุน เนื่องจากเมียนมาร์มีการปรับปรุงและพัฒนากฎหมายการลงทุนในช่วง 4-5 ปีที่ผ่านมาอย่างมีนัยสำคัญ โดยหนึ่งในนั้นก็คือการบัญญัติหลักปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียม (Fair and Equitable Treatment – FET) ลงในกฎหมายการลงทุนของประเทศ

#### 3.1 พัฒนาการและสาระสำคัญของกฎหมายการลงทุนเมียนมาร์

นับตั้งแต่ปี พ.ศ. 2553 เป็นต้นมา รัฐบาลเมียนมาร์ได้ปฏิรูปประเทศอย่างต่อเนื่อง โดยเริ่มเปิดเสรีทางการค้าและการลงทุนจากทั้งในและต่างประเทศ ซึ่งไม่เพียงส่งผลให้เมียนมาร์ก้าวเข้ามามีส่วนร่วมในตลาดโลก แต่ยังช่วยให้สินค้าและบริการในรูปแบบใหม่ ๆ จากต่างประเทศอื่น ๆ รวมถึงไทย เข้าไปในตลาดเมียนมาร์ให้ชาวเมียนมาร์ได้รู้จักมากขึ้น

ในปัจจุบัน เมียนมาร์มีนโยบายเปิดประเทศเพื่อรองรับการลงทุนมากขึ้น เพื่อสนับสนุนการเจริญเติบโตทางเศรษฐกิจของประเทศในระยะยาว โดยได้ปรับปรุงกฎหมายการลงทุนฉบับเดิมให้ทันสมัยสอดคล้องกับสภาพแวดล้อมในปัจจุบัน เพื่อดึงดูดเงินลงทุนจากผู้ลงทุนต่างชาติให้มากขึ้น กฎหมายฉบับดังกล่าวมีชื่อว่า “กฎหมายการลงทุนเมียนมาร์” (Myanmar Investment Law) โดยเป็นการนำเนื้อหาของกฎหมายการลงทุนเดิม 2 ฉบับมารวมกัน ได้แก่ กฎหมายการลงทุนโดยชาวต่างชาติ (Foreign Investment Law) และกฎหมายการลงทุนโดยชาวเมียนมาร์ (Myanmar Citizen Investment Law) เนื่องจากได้รับข้อร้องเรียนเกี่ยวกับความไม่เป็นธรรมของกฎหมายเดิม ทั้งสองฉบับจากผู้ลงทุนในประเทศและผู้ลงทุนต่างชาติ อีกทั้งองค์การเพื่อความร่วมมือและการพัฒนาทางเศรษฐกิจ (Organization for Economic Co-operation and Development – OECD) ได้มีข้อเสนอแนะให้เมียนมาร์ปรับปรุงกฎหมายการลงทุนเป็นฉบับเดียว โดยในการยกร่างกฎหมายการลงทุนฉบับใหม่นี้ หน่วยงานเมียนมาร์ได้ศึกษาแนวปฏิบัติที่ดีจากประเทศสมาชิกอาเซียนอื่น ๆ ประกอบด้วย

กฎหมายการลงทุนฉบับใหม่ของเมียนมาร์ มีผลบังคับใช้ตั้งแต่วันที่ 1 เมษายน พ.ศ. 2560 เป็นต้นมา โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อส่งเสริมการลงทุนจากต่างชาติที่จะช่วยขับเคลื่อนเศรษฐกิจของประเทศ พัฒนาระบบโครงสร้างพื้นฐาน พัฒนาทรัพยากรมนุษย์ ถ่ายทอดเทคโนโลยี และสร้างการจ้างงานให้เกิดขึ้นภายในประเทศ อันจะนำไปสู่การลดความยากจนและมุ่งพัฒนาประเทศอย่างยั่งยืน โดยรัฐบาลเมียนมาร์ได้มีการจัดตั้ง “คณะกรรมการการลงทุนแห่งเมียนมาร์” (Myanmar Investment Commission) เพื่อทำหน้าที่เป็นผู้ประสานงานระหว่างผู้ลงทุนกับหน่วยงานรัฐที่เกี่ยวข้องและออกใบอนุญาตให้แก่ผู้ลงทุนที่ยื่นคำขอต่อคณะกรรมการฯ รวมถึงหน้าที่อื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องกับการส่งเสริมการลงทุนในประเทศเมียนมาร์

กฎหมายการลงทุนฉบับใหม่ของเมียนมาร์ มีสาระสำคัญโดยสังเขป ดังนี้<sup>19</sup>

### (1) การจัดเตรียมเอกสารน้อยลง

กฎหมายการลงทุนฉบับเดิมของเมียนมาร์บัญญัติให้ผู้ลงทุนต้องเตรียมเอกสารหลายฉบับเพื่อมอบให้คณะกรรมการการลงทุนของเมียนมาร์ประกอบการพิจารณาข้อเสนอโครงการ โดยคณะกรรมการฯ จะประสานงานกับหน่วยงานต่าง ๆ อาทิ กระทรวงมหาดไทยเรื่องการใช้ที่ดิน กระทรวงเกษตรเรื่องการลงทุนด้านเกษตร เพื่อร่วมพิจารณาข้อเสนอ ทำให้กระบวนการพิจารณาข้อเสนอโครงการลงทุนใช้เวลานาน แต่ในกฎหมายการลงทุนฉบับใหม่ได้วางหลักการเพื่อแก้ไขปัญหานี้โดยเฉพาะ โดยให้ผู้ลงทุนจัดเตรียมเอกสารน้อยลง เพื่อเป็นการเพิ่มความสะดวกรวดเร็วในการลงทุน

### (2) การลดการขอใบอนุญาตประกอบธุรกิจ (Permit)

กฎหมายการลงทุนฉบับใหม่ ได้ลดขั้นตอนการขอใบอนุญาตประกอบธุรกิจ โดยกำหนดให้ผู้ลงทุนต้องขอใบอนุญาตประกอบธุรกิจจากคณะกรรมการฯ เฉพาะการลงทุนใน 5 สาขา เท่านั้น ดังนี้

1) โครงการลงทุนที่เป็นกิจกรรมเชิงยุทธศาสตร์ของรัฐบาลเมียนมาร์ ได้แก่

- โครงการลงทุนที่มีมูลค่าเกิน 20 ล้านดอลลาร์สหรัฐฯ ในสาขาสารสนเทศ การสื่อสาร การแพทย์ เทคโนโลยีชีวภาพ โลจิสติกส์ พลังงาน โครงสร้างพื้นฐาน การพัฒนาเมืองและทรัพยากรธรรมชาติ

- โครงการลงทุนที่มีมูลค่าเกิน 20 ล้านดอลลาร์สหรัฐฯ ซึ่งเป็นความร่วมมือกับหน่วยงานภาครัฐของเมียนมาร์

- โครงการลงทุนในพื้นที่ชายแดน หรือพื้นที่ที่มีความขัดแย้ง

- โครงการลงทุนที่ข้ามเขตแดนระหว่างรัฐ หรือภูมิภาคของเมียนมาร์

- โครงการลงทุนที่ใช้ที่ดินเกิน 1,000 เอเคอร์

2) โครงการลงทุนที่มีมูลค่าสูง เกิน 100 ล้านดอลลาร์สหรัฐฯ

3) โครงการลงทุนที่ส่งผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมและชุมชนท้องถิ่น ได้แก่

- โครงการที่จำเป็นต้องทำรายงานวิเคราะห์ผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อม (Environmental Impact Assessment – EIA)

- โครงการที่ตั้งอยู่ในพื้นที่อนุรักษ์สิ่งแวดล้อมและพื้นที่ที่มีความหลากหลายทางชีวภาพสูง หรือพื้นที่ที่จะส่งผลกระทบต่อสังคม

4) โครงการลงทุนบนที่ดินของรัฐบาลเมียนมาร์ หรืออาคารของรัฐบาลเมียนมาร์

5) โครงการลงทุนที่รัฐบาลเมียนมาร์กำหนดว่าต้องส่งข้อเสนอโครงการให้คณะกรรมการพิจารณา

### (3) การกระจายอำนาจในการตัดสินใจ

กฎหมายการลงทุนฉบับใหม่ ได้กระจายอำนาจในการตัดสินใจให้มากขึ้น โดยกำหนดให้รัฐบาลระดับรัฐและระดับภูมิภาคสามารถให้ความเห็นชอบต่อข้อเสนอโครงการลงทุนที่มีมูลค่าต่ำกว่า 5 ล้านดอลลาร์สหรัฐฯ ได้ทันที ทั้งนี้ เพื่อเป็นการลดขั้นตอนการทำงาน เพิ่มประสิทธิภาพในการอนุมัติข้อเสนอและเพิ่มความสะดวกรวดเร็วในการพิจารณาโครงการลงทุน

<sup>19</sup> ศูนย์ข้อมูลธุรกิจไทยในเมียนมาร์ (2560). “กฎหมายการลงทุนของเมียนมาร์ (Myanmar Investment Law – MIL)” สถานเอกอัครราชทูต ณ กรุงย่างกุ้ง

#### (4) การส่งเสริมการเจริญเติบโตทางเศรษฐกิจอย่างทั่วถึง

กฎหมายการลงทุนฉบับใหม่ กำหนดให้ผู้ลงทุนที่ลงทุนในพื้นที่ที่มีระดับพัฒนาต่างกันได้รับสิทธิประโยชน์ทางภาษีอากร (Tax Incentive) แตกต่างกันไป โดยผู้ลงทุนในพื้นที่ด้อยพัฒนาจะได้รับยกเว้นภาษีเป็นเวลานานที่สุดคือเจ็ดปี ในขณะที่ผู้ลงทุนในพื้นที่พัฒนาปานกลางได้รับการยกเว้นภาษีเป็นระยะเวลาห้าปี ส่วนผู้ลงทุนในพื้นที่พัฒนาแล้วจะได้รับยกเว้นภาษีเป็นระยะเวลาสั้นที่สุดคือสามปี ทั้งนี้ เพื่อเป็นการส่งเสริมการเจริญเติบโตทางเศรษฐกิจให้เกิดขึ้นอย่างทั่วถึง

#### (5) การกำหนดเวลาที่แน่นอนในการขอใบอนุญาต

กฎหมายการลงทุนฉบับใหม่ กำหนดเวลาในการขอใบอนุญาตประกอบธุรกิจจากคณะกรรมการฯ ไว้แน่นอน โดยเมื่อผู้ลงทุนยื่นข้อเสนอโครงการลงทุนแก่คณะกรรมการฯ แล้ว คณะกรรมการฯ จะตรวจสอบเอกสารทั้งหมดภายใน 10 วัน ให้ความเห็นชอบโครงการภายใน 60 วัน และออกใบอนุญาตประกอบธุรกิจ (Issuance of Permit) ภายใน 10 วัน รวมระยะเวลาทั้งสิ้นไม่เกิน 80 วัน

#### (6) การกำหนดเวลาที่แน่นอนในการขอความเห็นชอบ (Endorsement)

กฎหมายการลงทุนฉบับใหม่ กำหนดให้การขอรับความเห็นชอบจากคณะกรรมการฯ สำหรับข้อเสนอโครงการมูลค่าเกิน 5 ล้านดอลลาร์สหรัฐฯ และการขอรับความเห็นชอบจากรัฐบาลระดับท้องถิ่น สำหรับข้อเสนอโครงการมูลค่าต่ำกว่า 5 ล้านดอลลาร์สหรัฐฯ โดยเมื่อผู้ลงทุนยื่นข้อเสนอโครงการลงทุนแล้ว หน่วยงานของรัฐบาลเมียนมาร์จะให้ความเห็นชอบภายใน 30 วัน และออกใบรับรองการให้ความเห็นชอบ (Issuance of Endorsement) ภายใน 10 วัน รวมระยะเวลาทั้งสิ้นไม่เกิน 40 วัน

#### (7) การกำหนดเวลาที่แน่นอนในการขอรับสิทธิประโยชน์ด้านภาษี

กฎหมายการลงทุนฉบับใหม่ กำหนดเรื่องการขอรับสิทธิประโยชน์ด้านภาษีไว้ โดยเมื่อผู้ลงทุนยื่นใบขอรับสิทธิประโยชน์ด้านภาษีแล้ว หน่วยงานเมียนมาร์จะพิจารณาภายใน 30 วัน และให้สิทธิประโยชน์ด้านภาษี (Issuance of Tax Incentive) ภายใน 10 วัน

#### (8) การกำหนดเวลาที่แน่นอนในการขอใบรับรองสิทธิในการใช้ที่ดิน

กฎหมายการลงทุนฉบับใหม่ กำหนดให้เรื่องการขอใบรับรองสิทธิในการใช้ที่ดินไว้ โดยเมื่อผู้ลงทุนยื่นใบสมัครสิทธิในการใช้ที่ดินแล้ว หน่วยงานเมียนมาร์จะให้ความเห็นชอบภายใน 30 วัน และออกใบอนุญาตสิทธิที่ดิน (Issuance of the Land Rights Authorization) ภายใน 10 วัน รวมระยะเวลาทั้งสิ้นไม่เกิน 40 วัน

#### (9) การเพิ่มความชัดเจนในสาขาการลงทุนที่สงวนเฉพาะสำหรับคนเมียนมาร์และสาขาที่รัฐบาลต้องการการลงทุน

กฎหมายการลงทุนฉบับใหม่ฯ ได้เพิ่มความชัดเจนโดยประกาศสาขาการลงทุนที่สงวนไว้เฉพาะสำหรับคนเมียนมาร์และสาขาที่รัฐบาลต้องการการลงทุน โดยสาขาการลงทุนที่สงวนไว้เฉพาะสำหรับคนเมียนมาร์ ได้แก่<sup>20</sup>

1) สาขาการลงทุนที่จำกัดไว้เฉพาะภาครัฐ อาทิ การผลิตเครื่องมือด้านการทหาร การผลิตอาวุธและบริการด้านอาวุธ การผลิตแอสแตมป์และตู้ไปรษณีย์ สาขาการบิน การนำทาง (Navigation) การลด

<sup>20</sup> ศูนย์ธุรกิจสัมพันธ์ (2560). “จับตาความเคลื่อนไหวด้านการค้าการลงทุนในเมียนมาร์” กรมเศรษฐกิจระหว่างประเทศ กระทรวงการต่างประเทศ

การผลิตคาร์บอนและธุรกิจที่เกี่ยวข้อง การบริหารจัดการป่าไม้ การผลิตและการวิจัยสิ่งของที่มีกัมมันตภาพรังสี และการบริหารจัดการไฟฟ้า

2) สาขาลงทุนที่ผู้ลงทุนต่างชาติไม่สามารถบริหารจัดการได้ อาทิ สื่อพิมพ์ที่พิมพ์ในภาษาเมียนมาร์หรือภาษาชนกลุ่มน้อย ธุรกิจด้านหยก การขุดและการผลิตอัญมณีและการท่องเที่ยว

3) สาขาลงทุนที่คนเมียนมาร์และผู้ลงทุนต่างชาติสามารถร่วมทุนได้ อาทิ การวิจัยด้านนาวิกโยธิน สาขาน้ำดื่ม สาขาการเคหะ ทั้งนี้ ในกรณีนี้มีข้อจำกัดว่าบริษัทเมียนมาร์จะต้องได้รับผลตอบแทนจากโครงการร่วมทุนอย่างน้อยร้อยละ 20

ส่วนสาขาที่รัฐบาลต้องการการลงทุน ได้แก่ การเกษตร ป่าไม้ ปศุสัตว์ การประมง การผลิต การสร้างเขตอุตสาหกรรม (Industrial Zones) การสร้างเมืองใหม่ (New Urban Areas) การพัฒนาเมือง โครงสร้างพื้นฐาน ระบบการขนส่งและบริการด้านการขนส่ง พลังงาน โทรคมนาคม การศึกษา บริการด้านสาธารณสุข บริการด้านเทคโนโลยีสารสนเทศ โรงแรมและการท่องเที่ยว และงานวิจัยด้านวิทยาศาสตร์

#### **(10) การเพิ่มกลไกในการร้องเรียน**

กฎหมายการลงทุนฉบับใหม่ ได้เพิ่มกลไกให้ผู้ลงทุนสามารถร้องเรียนได้ (Investor Grievance Mechanism) ภายใต้คณะกรรมการการลงทุนแห่งเมียนมาร์ ซึ่งแตกต่างจากกฎหมายการลงทุนฉบับก่อน ที่ไม่มีกลไกนี้

#### **(11) การให้สิทธิเช่าที่ดินระยะยาว**

กฎหมายการลงทุนฉบับใหม่ ระบุว่าผู้ลงทุนต่างชาติมีสิทธิเช่าที่ดินระยะยาวซึ่งอาจจะเป็นที่ดิน หรืออาคารจากเอกชน หรือจากหน่วยงานของรัฐก็ได้ โดยผู้ลงทุนต่างชาติอาจเช่าที่ดินหรืออาคาร ระยะแรกเป็นระยะเวลาสูงสุด 50 ปี นับตั้งแต่วันที่ได้รับใบอนุญาตจากคณะกรรมการฯ และหากสิทธิการใช้ที่ดินหรืออาคารตามระยะเวลาที่กำหนดไว้สิ้นสุดลง คณะกรรมการฯ อาจให้ความเห็นชอบแก่ผู้ลงทุนต่างชาติให้รับสิทธิเช่าที่ดินหรืออาคารดังกล่าวต่อได้อีก 10 ปี

#### **(12) การผ่อนคลายการโอนเงินไปยังต่างประเทศ**

กฎหมายการลงทุนฉบับใหม่ ผ่อนคลายให้ผู้ลงทุนต่างชาติสามารถโอนเงินออกไปยังต่างประเทศได้ แต่ต้องเป็นเงินที่เกี่ยวข้องกับการลงทุน ซึ่งได้แก่ เงินทุนตามบทบัญญัติเกี่ยวกับบัญชีทุนตามที่ธนาคารกลางแห่งเมียนมาร์กำหนด ถ้าไรที่ได้จากสินทรัพย์ หุ้นกู้ ค่าสิทธิบัตร เงินที่ได้มาจากการขายหรือการชำระบัญชีการลงทุน เงินที่ชำระตามสัญญา เงินที่ชำระเพื่อระงับข้อพิพาทด้านการลงทุน ค่าชดเชยจากการลงทุนหรือเวนคืน และค่าตอบแทน เงินเดือน และเงินของผู้เชี่ยวชาญต่างชาติที่ได้รับการจ้างตามกฎหมายภายในของเมียนมาร์

อย่างไรก็ดี การโอนเงินใด ๆ จะสามารถกระทำต่อเมื่อได้ชำระภาษีตามกฎหมายภาษีแล้ว ทั้งนี้ การโอนเงินโดยผู้ลงทุนต่างชาตินั้น รวมถึงบัญชีทุนหรือบัญชีเงินฝากกระแสรายวัน ตามกฎหมายว่าด้วยการจัดการการแลกเปลี่ยนเงินตราต่างประเทศ และอาจโอนผ่านธนาคารที่มีใบอนุญาตประกอบกิจการ ซึ่งจัดตั้งขึ้นถูกต้องตามกฎหมายเมียนมาร์ โดยสามารถใช้สกุลเงินทุกชนิดที่เป็นสมาชิกของกองทุนการเงินระหว่างประเทศ (International Monetary Fund – IMF) ซึ่งใช้ชำระเงินธุรกรรมระหว่างประเทศได้

### 3.2 ทิศทางเงินลงทุนโดยตรงจากต่างประเทศ (FDI) ในเมียนมาร์

เมียนมาร์ เป็นประเทศที่ตั้งอยู่ในจุดยุทธศาสตร์ของอาเซียนเช่นเดียวกับไทย มีขนาดใหญ่เป็นอันดับที่ 40 ของโลกและอันดับที่ 2 ในเอเชียตะวันออกเฉียงใต้ (ต่อจากอินโดนีเซียและก่อนหน้าไทย) โดยมีพรมแดนติดกับ 5 ประเทศ ได้แก่ อินเดีย บังกลาเทศ จีน ลาวและไทย มีดินแดนที่อุดมไปด้วยทรัพยากรทางธรรมชาติ ไม่ว่าจะเป็นก๊าซธรรมชาติ หรือสินค้าเกษตร อาทิ ข้าว สัตว์น้ำและอัญมณี นอกจากนี้ ยังมีประชากรส่วนใหญ่อยู่ในวัยแรงงาน ผู้สูงอายุยังมีไม่มาก โดยนับตั้งแต่เมียนมาร์ได้ริเริ่มการปฏิรูปประเทศในปี พ.ศ. 2553 โดยรัฐบาลชุดใหม่ที่มีใช้รัฐบาลทหาร ทำให้มีการเปลี่ยนแปลงเกิดขึ้นอย่างมาก โดยเฉพาะในด้านการเปิดเสรีการค้าและการลงทุน ซึ่งถือเป็นการปูทางให้เมียนมาร์สามารถรวมตัวเข้ากับเศรษฐกิจโลกได้อีกครั้งหลังจากที่ปิดประเทศตั้งแต่หลังสงครามโลกครั้งที่ 2 จนถึงสมัยการปกครองของรัฐบาลทหาร (ในช่วงปี พ.ศ. 2491-2553) ทั้งยังช่วยเสริมสร้างภาพลักษณ์ด้านบวกของเมียนมาร์ในสายตาประชาคมโลก โดยเฉพาะอย่างยิ่งในการเพิ่มความเชื่อมั่นต่อผู้ลงทุนต่างชาติ ซึ่งปัจจัยต่าง ๆ เหล่านี้เป็นกลไกสำคัญที่ช่วยสนับสนุนให้เมียนมาร์เป็นหนึ่งในประเทศที่มีอัตราการเติบโตทางเศรษฐกิจสูงที่สุดในกลุ่มประเทศอาเซียน โดยอัตราการเติบโตของผลิตภัณฑ์มวลรวมในประเทศ (Gross Domestic Product – GDP) ได้ขยายตัวร้อยละ 6.3 (มูลค่าประมาณ 66.3 พันล้านเหรียญสหรัฐฯ) ในปี พ.ศ. 2559 และมีการคาดการณ์ว่าอัตราการเติบโตเฉลี่ยของ GDP ระหว่างปี พ.ศ. 2560-2564 จะสูงถึงร้อยละ 7.5 ต่อปี รวมถึงรายได้ประชากรต่อหัวของเมียนมาร์ ที่มีแนวโน้มเพิ่มขึ้นจาก 1,269 เหรียญสหรัฐฯ ต่อคนในปี พ.ศ. 2559 เป็น 1,355 เหรียญสหรัฐฯ ต่อคนในปี พ.ศ. 2560 และจะเพิ่มสูงขึ้นเป็น 2,123 เหรียญสหรัฐฯ ในอีก 4 ปีข้างหน้า<sup>21</sup>

เมียนมาร์ได้เปิดประเทศมากขึ้นหลังจากที่ได้จัดการเลือกตั้งเสรีในปี พ.ศ. 2558 โดยแม้ว่านางออง ซาน ซูจี (ผู้ได้รับรางวัลโนเบลสาขาสันติภาพและเป็นสัญลักษณ์ของประชาธิปไตยในประเทศเมียนมาร์) จะไม่ได้ดำรงตำแหน่งประธานาธิบดี แต่เธอก็ยังคงมีบทบาทสำคัญในรัฐบาลใหม่ของเมียนมาร์ที่มีนาย อู่ ถิ่น จ่อ เป็นประธานาธิบดี ในฐานะที่เป็น “ที่ปรึกษาแห่งรัฐ” อีกทั้งยังเป็นหัวหน้าองค์สำคัญในการนำทีมเศรษฐกิจของรัฐบาล ซึ่งเป็นการเพิ่มความเชื่อมั่นให้กับผู้ลงทุนต่างชาติและช่วยให้ความสัมพันธ์ระหว่างประเทศค่อย ๆ ปรับตัวไปในทิศทางที่ดีขึ้น โดยเฉพาะการผ่อนคลายมาตรการและความกดดันต่าง ๆ จากประเทศสหรัฐฯ รวมถึงการออกนโยบายที่ลดอุปสรรคด้านการค้า (Reduce Trade Barriers)

หากดูในแง่ของเงินลงทุนโดยตรงจากต่างประเทศหรือ FDI ของเมียนมาร์ พบว่ามีแนวโน้มเพิ่มขึ้นอย่างต่อเนื่อง โดยเฉพาะในช่วง 4-5 ปีที่ผ่านมา (ดังที่ได้กล่าวในบทที่ 1) โดยนาย Aung Nain Oo เลขาธิการคณะกรรมการการลงทุนของเมียนมาร์ ได้ให้สัมภาษณ์เมื่อต้นเดือนพฤศจิกายน พ.ศ. 2560 โดยกล่าวว่า FDI ของเมียนมาร์ในปี พ.ศ. 2560 จะเพิ่มขึ้นกว่าปีก่อนหน้าที่สูงถึง 6,649 ล้านดอลลาร์สหรัฐฯ ซึ่งเป็นการบ่งบอกถึงทิศทาง FDI ของเมียนมาร์ที่อยู่ในแนวโน้มขาขึ้นอย่างชัดเจน อีกทั้ง หากพิจารณาในแง่สัดส่วนของบริษัทต่างชาติที่เข้ามาลงทุน ก็พบว่ามีความหลากหลายมากขึ้น ไม่ว่าจะเป็นจากประเทศสิงคโปร์ เกาหลีใต้ และญี่ปุ่น ต่างจากหลายปีก่อนที่ FDI เกือบครึ่งของการ

<sup>21</sup> โครงการจัดทำศูนย์ข้อมูลการลงทุนไทยในต่างประเทศ (2560). “รายงานผลการศึกษาข้อมูลเชิงลึกสาธารณรัฐแห่งสหภาพเมียนมาร์” มูลนิธิสถาบันวิจัยเพื่อการพัฒนาประเทศไทย

ลงทุนทั้งหมดมาจากเฉพาะจีนและไทย<sup>22</sup> โดยศูนย์วิจัยกสิกรไทยรายงานว่ามีเม็ดเงินลงทุนโดยตรงสะสม (BOI Basis) จากประเทศผู้ลงทุนทั้งหกประเทศในเมียนมาร์ คือ จีน เกาหลีใต้ ญี่ปุ่น สิงคโปร์ ไทยและมาเลเซีย ได้เพิ่มสูงขึ้นกว่า 3.7 เท่าในระยะเวลาเพียง 5 ปี (จากราว 11,600 ล้านดอลลาร์สหรัฐฯ ในไตรมาสที่ 1 ปี พ.ศ. 2553 มาเป็นราว 42,400 ล้านดอลลาร์สหรัฐฯ ในไตรมาสที่ 3 ปี พ.ศ. 2558) นอกจากนี้ หากพิจารณาในแง่การลงทุนสะสมในประเทศทั้งหมดของเมียนมาร์ในระหว่างปี พ.ศ. 2531-2559 พบว่ามีมูลค่าสูงถึง 67,240.1 ล้านดอลลาร์สหรัฐฯ โดยจีนเป็นประเทศที่เข้าไปลงทุนมากที่สุด (คิดเป็นสัดส่วนร้อยละ 27.5) รองลงมาคือ สิงคโปร์ (ร้อยละ 23.3) ไทย (ร้อยละ 15.8) และฮ่องกง (ร้อยละ 11.2) ตามลำดับ ดังข้อมูลที่แสดงในตารางที่ 2<sup>23</sup>

## ตารางที่ 2 มูลค่าการลงทุนสะสมในเมียนมาร์จำแนกรายประเทศในระหว่างปี พ.ศ. 2531-2559

ประเทศ	มูลค่าการลงทุนสะสม (ล้านเหรียญสหรัฐฯ)	สัดส่วน (ร้อยละ)
1. จีน	18,519.5	27.5
2. สิงคโปร์	15,693.1	23.3
3. ไทย	10,606.6	15.8
4. ฮ่องกง	7,538.3	11.2
5. สหราชอาณาจักร	4,082.8	6.1
6. เกาหลีใต้	3,515.1	5.2
7. มาเลเซีย	1,921.5	2.9
8. เนเธอร์แลนด์	994.6	1.5
9. อินเดีย	732.6	1.1
10. เวียดนาม	695.5	1.0
11. ญี่ปุ่น	682.6	1.0
12. ฝรั่งเศส	541.6	0.8
13. อินโดนีเซีย	263.7	0.4
14. สหรัฐอเมริกา	248.2	0.4
15. แคนาดา	197.1	0.3
16. ฟิลิปปินส์	147.2	0.2
17. รัสเซีย	94.0	0.1
18. บรูไนดารุซซาลาม	86.3	0.1
19. ไต้หวัน	79.2	0.1
20. ปานามา	55.1	0.1
21. สหรัฐอาหรับเอมิเรตส์	47.2	0.1
22. ลักเซมเบิร์ก	45.8	0.1

<sup>22</sup> ฝ่ายจัดการกองทุนตราสารทุน (2559). “ก้าวแรกของเมียนมาร์ สู่เป้าหมายของนักลงทุนในอนาคต” บริษัทหลักทรัพย์จัดการกองทุน กสิกรไทย จำกัด

<sup>23</sup> อ่างแล้ว, เซิงอรรถที่ 21

ประเทศ	มูลค่าการลงทุนสะสม (ล้านเหรียญสหรัฐฯ)	สัดส่วน (ร้อยละ)
23. มอริเชียส	39.6	0.1
24. สวิตเซอร์แลนด์	32.1	0.05
25. อื่น ๆ	380.8	0.55
<b>รวม</b>	<b>67,240.1</b>	<b>100</b>

ในขณะที่หากพิจารณาการลงทุนจากต่างประเทศโดยจำแนกตามภาคธุรกิจจะพบว่า ในปี พ.ศ. 2559 ภาคธุรกิจที่มีมูลค่าการลงทุนจากต่างประเทศสูงสุด ได้แก่ ภาคการขนส่งและการสื่อสาร โดยมีมูลค่าการลงทุน 1,628.9 ล้านดอลลาร์สหรัฐฯ หรือคิดเป็นสัดส่วนร้อยละ 46.3 ของมูลค่าการลงทุนโดยรวม รองลงมาคือ การลงทุนในภาคการผลิต โดยมีมูลค่าการลงทุน 883.1 ล้านดอลลาร์สหรัฐฯ หรือคิดเป็นสัดส่วนร้อยละ 25.1 และการลงทุนในภาคพลังงาน มีมูลค่าการลงทุน 605.7 ล้านดอลลาร์สหรัฐฯ หรือคิดเป็นสัดส่วนร้อยละ 17.2 ดังข้อมูลที่แสดงในตารางที่ 3<sup>24</sup>

### ตารางที่ 3 มูลค่าการลงทุนจากต่างประเทศของเมียนมาร์จำแนกตามภาคธุรกิจในปี พ.ศ. 2559

ภาคธุรกิจ	มูลค่าการลงทุน (ล้านเหรียญสหรัฐฯ)	ร้อยละ
การขนส่งและการสื่อสาร	1,628.9	46.3
ภาคการผลิต	883.1	25.1
พลังงาน	605.7	17.2
อสังหาริมทรัพย์	165.0	4.7
โรงแรมและการท่องเที่ยว	97.2	2.8
ภาคบริการและอื่น ๆ	54.9	1.6
บุคคลิ์และประมง	86.7	2.5
<b>รวม</b>	<b>3,521.5</b>	<b>100</b>

ตัวอย่างบริษัทต่างชาติที่ได้เข้าไปลงทุนหรือเตรียมเข้าไปลงทุนในเมียนมาร์<sup>25</sup>

(1) อายิโนะโมะโต๊ะ แบรินด์เครื่องปรุงรสสัญชาติญี่ปุ่น

อายิโนะโมะโต๊ะ เตรียมที่จะลงทุนเพิ่ม 35 ล้านดอลลาร์สหรัฐฯ หลังการก่อสร้างโรงงานบรรจุภัณฑ์มูลค่า 10 ล้านดอลลาร์สหรัฐฯ เสร็จสิ้น การลงทุนเพิ่มมีเป้าหมายเพื่ออำนวยความสะดวกสำหรับการนำเข้าส่วนประกอบ วัสดุบรรจุภัณฑ์ใหม่ และการขายส่งสินค้าเครื่องปรุงรส ทั้งนี้ ตั้งแต่เดือนสิงหาคม พ.ศ. 2560 อายิโนะโมะโต๊ะกลับมาดำเนินการเต็มรูปแบบ เพื่อผลิตและเริ่มจำหน่ายเครื่องปรุงรสในเมืองย่างกุ้งและเมืองมันตะเลย์หลังจากหยุดไป 16 ปีในช่วงรัฐบาลทหาร

(2) บริษัท Sakura Community Service และบริษัท Egaolchiban ผู้ให้บริการด้านการพยาบาล จากประเทศญี่ปุ่น

<sup>24</sup> อ้างแล้ว, เชิงอรรถที่ 21

<sup>25</sup> พชรพจน์ นันทรามาศ และคณะ (2561). “Myanmar Monitor by EIC” ศูนย์วิจัยเศรษฐกิจและธุรกิจธนาคารไทยพาณิชย์



บริษัท Sakura Community Service และบริษัท Egaolchiban ให้บริการดูแลสุขภาพในบ้านที่เมืองย่างกุ้ง โดยได้รับการสนับสนุนจากกระทรวงเศรษฐกิจ การค้า และอุตสาหกรรมของญี่ปุ่น กระทรวงฯ จะส่งผู้เชี่ยวชาญชาวญี่ปุ่นเพื่อฝึกอบรมผู้ให้การดูแลผู้ป่วยในเมียนมาร์ นอกจากนี้ ผู้ให้การดูแลผู้ป่วยที่มีคุณสมบัติผ่านเกณฑ์จะมีโอกาสฝึกงานในประเทศญี่ปุ่นเป็นเวลา 5 ปี

(3) บริษัท ฮับส์ เอ็มเค จำกัด บริษัทขนส่งสินค้าสัญชาติเกาหลีใต้

เกาหลีใต้เตรียมจะสร้างศูนย์การขนส่งสินค้ามูลค่า 98 ล้านดอลลาร์สหรัฐฯ ในย่างกุ้ง โดยบริษัท ฮับส์ เอ็มเค จำกัด ได้ลงนามบันทึกข้อตกลงกับกรมส่งเสริมการค้าระหว่างประเทศของเมียนมาร์ ในการก่อสร้างระบบสนับสนุนการค้าทันสมัยและระบบขนส่งสินค้าสำหรับการเคลื่อนย้ายสินค้าเกษตรจากพื้นที่ชนบทเข้าสู่ศูนย์กลางการขนส่งสินค้าในเมืองย่างกุ้งเพื่อส่งออกต่างประเทศ ทั้งนี้ เมียนมาร์จะอนุญาตให้ใช้ที่ดินของรัฐบาล 59.1 เอเคอร์ หรือประมาณ 149.5 ไร่ โดยคาดว่าจะการส่งออกสินค้าเกษตรและประมงจะขยายตัวหลังศูนย์กลางการขนส่งก่อสร้างเสร็จสิ้น

(4) DaChan Great Wall Group เครือบริษัทสินค้าเกษตรและอาหารสัญชาติไต้หวัน

DaChan Great Wall Group มีแผนลงทุนในโรงงานอาหารสัตว์และโรงงานสัตว์ปีกในเมียนมาร์ ซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของกลยุทธ์การขยายธุรกิจในอาเซียน โดยใช้วิธีร่วมทุนกับบริษัท Myint Investment Group ของเมียนมาร์ มีมูลค่าการลงทุนสูงถึง 30 ล้านดอลลาร์สหรัฐฯ โดย DaChan ถือหุ้น 50% และได้เริ่มก่อสร้างโรงงานอาหารสัตว์ โรงเพาะเลี้ยงสัตว์น้ำ และฟาร์มสัตว์ปีก ซึ่งคาดว่าจะแล้วเสร็จภายในปลายปี พ.ศ. 2561

(5) Metro Cash & Carry บริษัทนานาชาติที่เชี่ยวชาญด้านค้าปลีกและค้าส่งอาหาร

บริษัท Metro Cash & Carry ได้เริ่มก่อสร้างคลังสินค้าในเขตเศรษฐกิจพิเศษทิลาวา โดยคลังสินค้านี้มีขนาด 28,400 ตารางเมตรและคาดว่าจะก่อสร้างแล้วเสร็จในปี พ.ศ. 2561 ซึ่งคลังสินค้านี้จะมีเครื่องมือและที่จัดเก็บสินค้าที่ทันสมัย ด้วยเงินลงทุนประมาณ 10 ล้านเหรียญสหรัฐฯ ทั้งนี้ บริษัท Metro Cash & Carry ตั้งเป้าที่จะปลดล็อกศักยภาพของบริษัทในด้านค้าส่งสินค้าเกษตรแบบ Business-to-Business (B2B) เพื่อพัฒนาการบริการลูกค้าให้ดีขึ้น พร้อมทั้งส่งเสริมให้อาหารมีความปลอดภัยมากยิ่งขึ้นอีกด้วย

(6) Puma Energy บริษัทสัญชาติสิงคโปร์และแองโกลา

บริษัท Puma Energy ได้เปิดตัวสถานีผลิตถ่านหินปีโตรเลียมที่ใหญ่และทันสมัยที่สุดในเมียนมาร์ โดยบริษัทได้ลงทุนเงินจำนวน 92 ล้านดอลลาร์สหรัฐฯ สำหรับการก่อสร้างโครงสร้างพื้นฐานต่าง ๆ ภายในโครงการ เช่น ที่เก็บเชื้อเพลิงขนาด 91,000 ลูกบาศก์เมตรในพื้นที่ทิลาวา โดยสถานีพลังงานแห่งนี้จะสามารถผลิตผลิตถ่านหินปีโตรเลียมได้หลากหลายประเภท เช่น เชื้อเพลิงพาณิชย์ (Mogas 95 และ 92 และดีเซลซัลเฟอร์ต่ำ) น้ำมันเตา (ใช้ในการผลิตไฟฟ้า) น้ำมันดิน และเชื้อเพลิงเครื่องบิน นอกจากนี้ บริษัท Puma Energy ยังช่วยสนับสนุนการผลิตเชื้อเพลิงเพื่อรองรับแผนการพัฒนาเศรษฐกิจของเมียนมาร์ ซึ่งจะส่งผลให้ความต้องการบริการขนส่งและการคมนาคมเพิ่มมากขึ้น ทั้งนี้ สถานีพลังงาน Puma Energy Asia Sun เป็นสถานีพลังงานแห่งแรกที่ได้กำหนดมาตรฐานสถานีให้มีความทันสมัยและมีการจำหน่ายผลิตถ่านหินปีโตรเลียมคุณภาพสูง

ยิ่งไปกว่านั้น หากพิจารณาในส่วนของบริษัทไทยที่ได้เข้าไปลงทุนในประเทศเมียนมาร์ พบว่ามีแนวโน้มเพิ่มขึ้นอย่างต่อเนื่องเช่นกัน ทั้งบริษัทขนาดใหญ่ที่จดทะเบียนในตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย และธุรกิจอื่น ๆ ที่ไม่ได้อยู่ในตลาดหลักทรัพย์ฯ ในหลากหลายสาขาธุรกิจ อาทิ ธุรกิจอุตสาหกรรมพลังงาน การเงินการธนาคาร การก่อสร้าง ธุรกิจกระจายสินค้า โลจิสติกส์ อาหารแปรรูป

เครื่องนุ่งห่ม โรงแรมและการท่องเที่ยว เป็นต้น โดยผู้ประกอบการไทยส่วนใหญ่มักมีการลงทุนที่กระจุกตัวอยู่ในอย่างกึ่งและบริเวณใกล้เคียง ในขณะที่ผู้ประกอบการไทยบางส่วนมีการลงทุนอยู่ในเมืองสำคัญอื่น ๆ อาทิ มัณฑะเลย์ ทวาย หงสาวดี เป็นต้น

ตัวอย่างบริษัทไทยขนาดใหญ่ที่ได้เข้าไปลงทุนหรือเตรียมเข้าไปลงทุนในเมียนมาร์<sup>26</sup>

(1) บริษัท ปตท.สำรวจและผลิตปิโตรเลียม จำกัด (มหาชน)

บริษัท ปตท.สำรวจและผลิตปิโตรเลียม จำกัด (มหาชน) หรือ ปตท.สผ. เป็นบริษัทสำรวจและผลิตปิโตรเลียมของคนไทย มีพันธกิจหลักในการสรรหาปิโตรเลียมเพื่อสนองความต้องการใช้พลังงานทั้งภายในประเทศและประเทศที่ไปลงทุน รวมทั้งสามารถนำเป็นรายได้กลับคืนสู่ประเทศไทย โดยมีโครงการสำรวจและผลิตก๊าซธรรมชาติในเมียนมาร์ อาทิ

- แหล่งยาดานา (ร่วมกับบริษัท โททาล อี แอนด์ พี ไทยแลนด์ จำกัด ตั้งแต่ปี พ.ศ. 2541) และเขตากุน (ร่วมกับบริษัท ปิโตรเลียม เนชั่นแนล เบอร์ฮาด หรือปิโตรนาส ของมาเลเซีย ตั้งแต่ปี พ.ศ. 2543) โดยส่งออกก๊าซธรรมชาติกลับมายังประเทศไทยทุกวัน

- โครงการชอติกา (ในทะเล) โดยเริ่มผลิตแล้วตั้งแต่ มิถุนายน พ.ศ. 2557

- M3 และ M11 (ในทะเล) โดยอยู่ในขั้นตอนการขุดเจาะหลุม

- PSC-G, EP2 และ MOGE3 (บนบก) โดยอยู่ในขั้นตอนการสำรวจหาแหล่งปิโตรเลียม

โดยล่าสุด ปตท.สผ. ได้มีการประกาศแผนการลงทุนในปี พ.ศ. 2561 มูลค่าถึง 566 ล้านดอลลาร์สหรัฐฯ ในเมียนมาร์เพื่อรักษาระดับการผลิต นอกจากนี้ บริษัทยังวางแผนที่จะลงทุน 232 ล้านดอลลาร์สหรัฐฯ สำหรับโครงการสำรวจในประเทศไทย เมียนมาร์ มาเลเซีย และออสเตรเลีย

(2) บริษัท เครือเจริญโภคภัณฑ์ จำกัด

บริษัท เครือเจริญโภคภัณฑ์ จำกัด หรือ ซีพีกรุ๊ป เป็นกลุ่มธุรกิจที่ใหญ่ที่สุดในประเทศไทย มีธุรกิจหลากหลายทั้งในไทยและต่างประเทศ ได้แก่ การเกษตรและอาหาร ค่าปลีก การสื่อสารและโทรคมนาคม อีคอมเมิร์ซและธุรกิจดิจิทัล พัฒนาอสังหาริมทรัพย์ ยานยนต์ เวชภัณฑ์ การเงินและการธนาคาร โดยซีพีกรุ๊ปมีการขยายธุรกิจไปในประเทศเมียนมาร์ตั้งแต่ปี พ.ศ. 2539 โดยมีการตั้งโรงงานทั้งที่กรุงย่างกุ้งและในภาคเหนือตอนกลางของเมียนมาร์ จนถึงปัจจุบันมีการลงทุนรวมในเมียนมาร์มูลค่ากว่า 130 ล้านดอลลาร์สหรัฐฯ

(3) บริษัท ปูนซิเมนต์ไทย จำกัด (มหาชน)

บริษัท ปูนซิเมนต์ไทย จำกัด (มหาชน) หรือ เอสซีจี ดำเนินธุรกิจผลิตและจำหน่ายผลิตภัณฑ์ซีเมนต์และสินค้าวัสดุก่อสร้างครบวงจร รวมทั้งธุรกิจการจัดจำหน่าย นอกจากนี้ยังทำธุรกิจเคมีภัณฑ์และกระดาษและบรรจุภัณฑ์ครบวงจร โดยเอสซีจีได้ลงทุนก่อสร้างโรงงานผลิตปูนซิเมนต์ครบวงจรแห่งแรกในเมียนมาร์ที่เมืองเมะลาโย ตั้งแต่กลางปี พ.ศ. 2559 มีกำลังผลิต 1.8 ล้านตัน/ปี ซึ่งเป็นการร่วมทุนระหว่างเอสซีจี (ร้อยละ 70) กับฝ่ายเมียนมาร์ (ร้อยละ 30) โดยใช้เงินลงทุนประมาณ 378 ล้านดอลลาร์สหรัฐฯ

(4) บริษัท บางจากปิโตรเลียม จำกัด (มหาชน)

บริษัท บางจากปิโตรเลียม จำกัด (มหาชน) หรือบางจาก เป็นบริษัทน้ำมันชั้นนำของไทย ประกอบธุรกิจปิโตรเลียม จัดจำหน่ายผ่านเครือข่ายสถานีบริการน้ำมันบางจาก ธุรกิจโรงกลั่นบางจาก

<sup>26</sup> ศูนย์ข้อมูลธุรกิจไทยในเมียนมาร์ (2560). “ธุรกิจไทย/คู่ทางธุรกิจไทยในเมียนมาร์” สถานเอกอัครราชทูต ณ กรุงย่างกุ้ง

และธุรกิจพลังงานทดแทน โดยบางจากได้เข้าไปเปิดสถานีบริการน้ำมันบางจากในเมียนมาร์ตั้งแต่ปี พ.ศ. 2555 ที่จังหวัดเมียวดี ซึ่งอยู่ตรงข้ามกับอำเภอแม่สอด จังหวัดตาก และมีแผนจะเปิดต่อเนื่องอีกหลายแห่งในอนาคต

(5) บริษัท บุญรอด บริวเวอรี่ จำกัด

บริษัท บุญรอด บริวเวอรี่ จำกัด มี บริษัท สิงห์ คอร์เปอเรชั่น จำกัด เป็นบริษัทในเครือที่สำคัญ โดยก่อตั้งขึ้นเพื่อดูแลธุรกิจเครื่องดื่มและรับผิดชอบในการบริหารและทำการตลาดของผลิตภัณฑ์ เบียร์ โซดา น้ำดื่ม เครื่องดื่มสุขภาพ ฯลฯ ภายใต้เครื่องหมายการค้า อาทิ สิงห์ ลีโอ เพอร์รา โดยได้เข้าไปเปิดตลาดในเมียนมาร์เพื่อจำหน่ายเครื่องดื่ม โดยมีตัวแทนจำหน่ายประจำอยู่ตามแนวชายแดนของเมียนมาร์

(6) บริษัท กรุงเทพดุสิตเวชการ จำกัด (มหาชน)

บริษัท กรุงเทพดุสิตเวชการ จำกัด (มหาชน) หรือ โรงพยาบาลกรุงเทพ ผู้ให้บริการทางการแพทย์และการรักษาพยาบาลชั้นนำของประเทศไทยมากกว่า 40 ปี โดยโรงพยาบาลกรุงเทพมีกลยุทธ์สำคัญในการรุกตลาดเมียนมาร์คือ การตั้งสาขาในเมียนมาร์มากถึง 13 แห่ง เพื่อให้คำปรึกษาผู้ป่วยในเบื้องต้น ก่อนที่จะส่งต่อมารับการรักษาในประเทศไทย นอกจากนี้ยังได้ร่วมทุนกับบริษัทขนาดใหญ่ในเมียนมาร์ในการเปิดศูนย์บริการตรวจวิเคราะห์ทางการแพทย์ที่กรุงย่างกุ้ง

(7) บริษัท ไทยเบฟเวอเรจ จำกัด (มหาชน)

บริษัท ไทยเบฟเวอเรจ จำกัด (มหาชน) ผู้ผลิตเบียร์ช้าง (คู่แข่งของ บริษัท บุญรอด บริวเวอรี่ จำกัด) ได้เข้าซื้อกิจการมูลค่า 2.4 หมื่นล้านบาทในบริษัท Grand Royal Group ผู้นำในตลาดวิสกีของประเทศเมียนมาร์โดยมีส่วนแบ่งการตลาดถึง 60% นอกจากนี้ Grand Royal Group ยังเป็นเจ้าของเครือข่ายโลจิสติกส์ที่ครอบคลุมร้านค้าปลีกและค้าส่งกว่า 21,000 ร้านทั่วเมียนมาร์ โดยการเข้าซื้อกิจการของบริษัท ไทยเบฟเวอเรจ จำกัด (มหาชน) ในครั้งนี้ ถือว่าเป็นการหวนกลับเข้าสู่ตลาดเมียนมาร์อีกครั้ง หลังจากที่เมื่อปี พ.ศ. 2558 บริษัท Fraser & Neave ซึ่งเป็นบริษัทลูกที่สิงคโปร์ของบริษัท ไทยเบฟเวอเรจ จำกัด (มหาชน) ได้ถูกบังคับให้ขายหุ้น 55% ในบริษัท Myanmar Brewery Limited (MBL) ซึ่งครองสัดส่วนตลาดเบียร์มากถึง 80%

(8) บริษัท ธนบุรี เฮลท์แคร์ กรุ๊ป จำกัด (มหาชน)

บริษัท ธนบุรี เฮลท์แคร์ กรุ๊ป (มหาชน) ดำเนินธุรกิจรักษาพยาบาล และรับบริหารจัดการธุรกิจโรงพยาบาล โดยบริษัทได้วางแผนที่จะเพิ่มสัดส่วนการถือหุ้นในบริษัท Aryu International Healthcare ของเมียนมาร์จาก 10% เป็น 40% ซึ่งสะท้อนให้เห็นถึงอุปสงค์ในการใช้บริการรักษาพยาบาลที่เพิ่มขึ้นในประเทศเมียนมาร์ โดยโรงพยาบาล Aryu International ที่กรุงย่างกุ้งกำลังอยู่ในขั้นตอนการก่อสร้างและคาดว่าจะเปิดให้บริการได้ในไตรมาสที่ 2 ปี พ.ศ. 2561

### 3.3 หลัก FET ในกฎหมายการลงทุนของเมียนมาร์

ดังที่ได้กล่าวในหัวข้อ 3.1 ว่ากฎหมายการลงทุนของเมียนมาร์ได้มีการปรับปรุงและพัฒนาไปอย่างมากในช่วงหลายปีที่ผ่านมา ไม่ว่าจะเป็นการลดขั้นตอนการขอใบอนุญาตการลงทุน การทำให้อัตราภาษีและกฎระเบียบมีความชัดเจนมากขึ้น การแก้ไขสิทธิประโยชน์การลงทุนให้มีความเหมาะสมและมีประสิทธิภาพมากขึ้น รวมถึงการปรับปรุงกฎหมายให้เป็นไปตามหลักการลงทุนสากล เพื่อสร้างความเสมอภาคระหว่างผู้ลงทุนต่างชาติและในประเทศ

ในประเด็นเรื่องการสร้างความเสมอภาคระหว่างผู้ลงทุนต่างชาติและผู้ลงทุนในประเทศนั้น เมียนมาร์ได้มีการบัญญัติหมวดที่ 11 เรื่องการปฏิบัติต่อผู้ลงทุน (Treatment of Investors)<sup>27</sup> เพิ่มเข้าไปในกฎหมายการลงทุนฉบับใหม่ด้วย ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าเป็นปัจจัยสำคัญประการหนึ่งที่จะช่วยให้ผู้ลงทุนต่างชาติมีความมั่นใจในการลงทุนในประเทศเมียนมาร์มากขึ้น โดยมีสาระสำคัญคือ รัฐบาลต้องปฏิบัติต่อผู้ลงทุนต่างชาติและการลงทุนโดยตรงของผู้ลงทุนต่างชาติโดยเอื้อประโยชน์ไม่น้อยไปกว่าการปฏิบัติต่อผู้ลงทุนที่เป็นคนชาติเมียนมาร์ และในพหุติการณณ์คล้ายกัน ต้องไม่น้อยไปกว่าการปฏิบัติต่อผู้ลงทุนต่างชาติและการลงทุนโดยตรงของผู้ลงทุนต่างชาติจากประเทศอื่น ในเรื่องเกี่ยวกับการขยาย (Expansion) การจัดการ (Management) การดำเนินการ (Operation) และการขายหรือการจำหน่ายโดยประการอื่นซึ่งการลงทุนโดยตรงตามกฎหมายนี้ (Sale or Other Disposition of Direct Investments) เว้นเสียแต่ว่า กฎหมาย หลักเกณฑ์และประกาศอื่นใดจะกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น

อย่างไรก็ดี บทบัญญัติดังกล่าวได้มีข้อยกเว้นว่า หากการปฏิบัติ (Treatment) การเอื้อประโยชน์ (Preferences) หรือการให้สิทธิพิเศษ (Privileges) นั้นเป็นผลมาจากความตกลงในสหภาพศุลกากร (Customs Union) เขตการค้าเสรี (Free Trade Area) สหภาพเศรษฐกิจที่เป็นผล

---

<sup>27</sup> Chapter XI “Treatment of Investors” of Myanmar Investment Law stipulate:

47. In dealing with the investors:

(a) the Government shall accord to foreign investors and their direct investments, treatment no less favorable than it accords to Myanmar citizen investors in respect of the expansion, management, operation, and the sale or other disposition of direct investments according to this Law except any way stipulated in Laws, rules and notifications;

(b) the Government shall accord, in like circumstances, to foreign investors and their direct investments from one country, treatment no less favorable than that it accords to investors of any other country and their direct investments in respect of establishment, acquisition, expansion, management, operation, and the sale or other disposition of direct investments;

(c) The provision of subsection (b) shall not be construed so as to oblige foreign investors with any treatment, preferences or privileges resulting from the following matters:

i) Custom Union, Free Trade Area, Economic Union resulting from Custom Union, Free Trade Area and Economic Union and international agreements;

ii) more favorable treatments to be accorded to investors and their investments included in international agreements, bilateral or regional or international treaties, agreements or arrangements between regional countries, treaties, agreements or arrangements with other countries, or arrangements relating wholly or partially to taxation.

48. The Government guarantees to the investors fair and equitable treatment in respect of the followings:

(a) the right to obtain the relevant information on any measures or decision which has a significant impact for an investor and their direct investment;

(b) the right to due process of law and the right to appeal on similar measure, including any change to the terms and conditions under any license or permit and endorsement granted by the Government to the investor and their direct investment.

49. The provisions of this Chapter shall not affect the provisions in section 76.

มาจากสหภาพศุลกากร (Economic Union resulting from Customs Union) เขตการค้าเสรีและสหภาพเศรษฐกิจ (Free Trade Area and Economic Union) และความตกลงระหว่างประเทศ (International Agreements) รวมถึงการปฏิบัติอันเป็นการเอื้อประโยชน์เป็นพิเศษ (More Favorable Treatments) ตามความตกลงระหว่างประเทศ สนธิสัญญา ความตกลงหรือความร่วมมือระดับทวิภาคี หรือระดับภูมิภาค หรือสากลระหว่างประเทศต่าง ๆ ในภูมิภาค (Bilateral or Regional or International Treaties) สนธิสัญญา ความตกลง หรือความร่วมมือกับประเทศอื่น ๆ หรือความร่วมมือที่เกี่ยวข้องกับภาษี ไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วน การปฏิบัติ การเอื้อประโยชน์ หรือการให้สิทธิพิเศษดังกล่าวนี้ จะไม่ถูกนำมาตีความรวมกับในกรณีนี้

นอกจากนี้ ในหมวดการปฏิบัติต่อผู้ลงทุนนั้น ยังได้บัญญัติหลักการสำคัญอีกประการหนึ่งที่โดยทั่วไปมักปรากฏอยู่แต่ในเฉพาะความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุน (Bilateral Investment Treaties – BITs) แต่เมียนมาร์ได้นำมาบัญญัติไว้ในกฎหมายการลงทุนภายในของประเทศ ซึ่งก็คือ หลักปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียมหรือ FET โดยวางหลักไว้ว่า รัฐบาลเมียนมาร์ได้ให้การรับรองในการปฏิบัติต่อผู้ลงทุนอย่างเป็นธรรมและเท่าเทียม ในเรื่องดังต่อไปนี้<sup>28</sup>

### 3.3.1 สิทธิในการได้ข้อมูล

รัฐบาลเมียนมาร์ได้ให้การรับรองว่าจะปฏิบัติต่อผู้ลงทุน (ทั้งผู้ลงทุนต่างชาติและในประเทศ) อย่างเป็นธรรมและเท่าเทียม ในเรื่องสิทธิในการได้ข้อมูล (Right to Obtain the Relevant Information) ที่เกี่ยวข้องกับการใด ๆ หรือการตัดสินใจซึ่งมีผลกระทบอย่างมีนัยสำคัญ (Significant Impact) ต่อผู้ลงทุนและการลงทุนโดยตรงของผู้ลงทุน

### 3.3.2 สิทธิในการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรมที่ถูกต้องและสิทธิในการอุทธรณ์

รัฐบาลเมียนมาร์ได้ให้การรับรองว่าจะปฏิบัติต่อผู้ลงทุน (ทั้งผู้ลงทุนต่างชาติและในประเทศ) อย่างเป็นธรรมและเท่าเทียมในเรื่องสิทธิในการเข้าถึงกระบวนการที่ชอบด้วยกฎหมายตามหลักศุภนิติกระบวนการ (Right to Due Process of Law) และสิทธิในการอุทธรณ์ในมาตรการที่คล้ายกัน (Right to Appeal on Similar Measure) รวมถึงการเปลี่ยนข้อกำหนดและเงื่อนไขตามหนังสืออนุญาตหรือใบอนุญาต และการรับรองที่รัฐบาลให้แก่ผู้ลงทุนและการลงทุนโดยตรงของผู้ลงทุน

อย่างไรก็ดี กฎหมายการลงทุนฉบับใหม่นี้ ได้มีการบัญญัติเพิ่มเติมในหมวดที่ 18 เรื่องการยกเว้นและการลดหย่อน (Exemptions and Reliefs) ไว้ว่า บทบัญญัติในหมวดที่ 11 เรื่องการปฏิบัติต่อผู้ลงทุนนี้ จะไม่กระทบถึงเรื่องที่รัฐบาลเมียนมาร์อาจจัดให้เงินอุดหนุน (Subsidies) เงินทุน (Funding) การพัฒนาความสามารถ (Capacity Building) และการฝึกอบรม (Training) แก่ผู้ลงทุนที่เป็นคนชาติเมียนมาร์ (Myanmar Citizen Investors) และธุรกิจขนาดกลางและขนาดย่อมของคนชาติเมียนมาร์ (Citizen-owned Small and Medium-sized Enterprises) โดยรัฐบาลอาจอนุญาต

<sup>28</sup> Section 48 of Myanmar Investment Law stipulates:

The Government guarantees to the investors fair and equitable treatment in respect of the following:

(a) the right to obtain the relevant information on any measures or decision which has a significant impact for an investor and their direct investment;

(b) the right to due process of law and the right to appeal on similar measure, including any change to the terms and conditions under any license or permit and endorsement granted by the Government to the investor and their direct investment.

ให้มีการยกเว้นและลดหย่อนให้สำหรับพื้นที่ที่มีการประกอบธุรกิจของคนชาติเมียนมาร์หรือดำเนินกิจกรรมด้านเศรษฐกิจอื่น ๆ ด้วยก็ได้<sup>29</sup>

### 3.4 เปรียบเทียบหลัก FET ในกฎหมายการลงทุนของเมียนมาร์กับหลัก FET ตามทางเลือกนโยบายในระดับต่าง ๆ (Framework for International Investment Agreements (IIAs): Policy Options) ภายใต้กรอบนโยบายการลงทุนเพื่อการพัฒนาที่ยั่งยืนขององค์การ (IPFSD)

ก่อนที่จะเปรียบเทียบหลัก FET ในกฎหมายการลงทุนของเมียนมาร์กับหลัก FET ตามทางเลือกนโยบายในระดับต่าง ๆ ภายใต้กรอบนโยบายการลงทุนเพื่อการพัฒนาที่ยั่งยืนหรือ IPFSD ขององค์การ ผู้เขียนขออธิบายถึงกรอบนโยบายการลงทุนเพื่อการพัฒนาที่ยั่งยืนดังกล่าว ว่าประกอบไปด้วยหลักการที่สำคัญอะไรบ้าง เพื่อใช้วิเคราะห์ประกอบการเปรียบเทียบ เพราะแท้จริงแล้วหลักของการพัฒนาที่ยั่งยืนนั้นไม่เพียงแต่เน้นไปที่การเจริญเติบโตของเศรษฐกิจ แต่ยังรวมถึงการให้ความสำคัญกับทุกภาคส่วน โดยครอบคลุมถึงเรื่องการมีส่วนร่วมทางสังคม การรวมกลุ่มในระดับประเทศและระหว่างประเทศ นอกจากนี้ ยังประกอบไปด้วยองค์ประกอบอื่น ๆ ที่สำคัญอีกมากมาย อาทิ การสร้างความยุติธรรมทางสังคม (Social Justice) การส่งเสริมให้เกิดความยั่งยืนทางสถานะแวดล้อม (Environmental Sustainability) หรือการทำให้เกิดความเท่าเทียมกันในการกระจายอำนาจ (A More Equal Distribution of Power) โดยกรอบนโยบายการลงทุนฯ ได้กำหนดหลักการที่สำคัญไว้ 10 ประการ ดังนี้<sup>30</sup>

#### (1) ความสอดคล้องกันของนโยบาย (Policy Coherence)

นโยบายการลงทุนที่เป็นกลยุทธ์พื้นฐานสำคัญในการพัฒนาประเทศ อาทิ กฎเกณฑ์ในการเข้าสู่ตลาดและการจัดตั้งธุรกิจ (Entry and Establishment Rules) การปฏิบัติและการคุ้มครองต่อผู้ลงทุน (Treatment and Protection) จำเป็นต้องมีความสอดคล้องและเป็นไปในทิศทางเดียวกันกับนโยบายด้านอื่น ๆ เช่น นโยบายภาษี นโยบายการค้า นโยบายสิ่งแวดล้อม หรือนโยบายตลาดแรงงาน รวมถึงควรมีความสอดคล้องกันทั้งในระดับประเทศและระหว่างประเทศ ทั้งนี้ เพื่อให้การดำเนินนโยบายดังกล่าวเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพและนำไปสู่การพัฒนาที่ยั่งยืนอย่างแท้จริง

#### (2) ธรรมาภิบาลของภาครัฐและระบบสถาบัน (Public Governance and Institutions)

ทุกภาคส่วนควรเข้ามามีบทบาทและร่วมมือในการพัฒนานโยบายการลงทุน โดยมีระบบสถาบันและกฎระเบียบรองรับ ในขณะที่ภาครัฐควรมีบทบาทในฐานะผู้กำหนดแนวทางชี้วัดประสิทธิภาพและประสิทธิผลของนโยบายเหล่านั้นว่ามีธรรมาภิบาลในด้านต่าง ๆ เพียงพอหรือไม่ อาทิ ในด้านความรับผิดชอบต่อผู้ลงทุน (Accountability) ให้นักลงทุนสามารถคาดการณ์ได้ (Predictability) มีความชัดเจน (Clarity) มีความโปร่งใส (Transparency) มีความเป็นกลาง

<sup>29</sup> Section 76 of Myanmar Investment Law stipulates:

In addition to the provisions under Chapter XI of Treatment of Investors, the Government may undertake subsidies, funding, capacity building and training to Myanmar citizen investors and citizen-owned small and medium-sized enterprises. The Government may also allow exemptions and reliefs for the locations where Myanmar citizens-owned businesses are operated or other economic activities.

<sup>30</sup> United Nations Conference on Trade and Development (2015). "Investment Policy Framework for Sustainable Development" United Nations. p.30-36.

(Fairness) อ้างอิงถึงหลักนิติธรรม (Rule of Law) และการปราศจากการทุจริต (Absence of Corruption)

### (3) การจัดทำนโยบายเชิงพลวัต (Dynamic Policymaking)

ภาครัฐควรมีการทบทวนนโยบายการลงทุนทั้งในระดับประเทศและระหว่างประเทศในเชิงประสิทธิผลและความสัมพันธ์กันของนโยบาย (Effectiveness and Relevance) รวมถึงมีการปรับปรุงให้สอดคล้องกับสภาพแวดล้อมและพัฒนาการที่เปลี่ยนแปลงไปอยู่เสมอ เนื่องจากนโยบายที่แตกต่างกันในแต่ละช่วงเวลาย่อมนำมาซึ่งผลของการพัฒนาที่แตกต่างกัน โดยปัจจัยที่อาจกระทบต่อนโยบายภายในประเทศนั้นประกอบด้วย การเปลี่ยนแปลงของรัฐบาล (Government Changes) แรงกดดันจากสังคม (Social Pressures) หรือการเสื่อมโทรมของคุณภาพสิ่งแวดล้อม (Environmental Degradation)

### (4) ความสมดุลระหว่างสิทธิและหน้าที่ (Balanced Rights and Obligations)

นโยบายการลงทุนควรมีความสมดุลระหว่างสิทธิและหน้าที่ของรัฐและผู้ลงทุน ที่คำนึงถึงผลประโยชน์ต่อการพัฒนาของทุกฝ่ายที่เกี่ยวข้อง โดยเฉพาะการสร้างสมดุลระหว่างสองด้านที่ดูเหมือนว่าจะมีความขัดกันอยู่ ได้แก่

- 1) ด้านการดึงดูดผู้ลงทุนต่างชาติ โดยมีการสร้างสภาวะการดึงดูดผู้ลงทุนจากต่างประเทศด้วยนโยบายการลงทุนที่เน้นการเปิดเสรี (Investment Liberalization) การปกป้อง (Protection) การส่งเสริม (Promotion) และการอำนวยความสะดวกให้กับผู้ลงทุนต่างชาติ (Facilitation)
- 2) ด้านสังคมและสิ่งแวดล้อม โดยกรอบนโยบายการกำกับดูแลของประเทศผู้รับการลงทุนต้องทำให้ผลกระทบเชิงลบที่มีต่อปัญหาสังคมและสิ่งแวดล้อมเหลือน้อยที่สุด

### (5) สิทธิในการกำกับดูแล (Right to Regulate)

ภายใต้พันธกรณีระหว่างประเทศ (International Commitments) ประเทศผู้รับการลงทุนมีสิทธิที่จะกำหนดเงื่อนไขในการเข้ามาหรือการดำเนินการ (Entry and Operational Conditions) ของการลงทุนจากต่างประเทศได้ตามความจำเป็นและความเหมาะสม เพื่อรักษาผลประโยชน์ของส่วนรวม (Interest of the Public Good) และลดโอกาสในการเกิดผลกระทบเชิงลบให้น้อยที่สุด

### (6) การเปิดรับการลงทุน (Openness to Investment)

นโยบายการลงทุนควรเปิดกว้าง (Open) มีเสถียรภาพ (Stable) และมีเงื่อนไขในการเข้ามาลงทุนที่สามารถคาดการณ์ได้ (Predictable Entry Conditions) รวมถึงมีความสอดคล้องกับกลยุทธ์ในการพัฒนาประเทศ ทั้งนี้ การเปิดกว้างนั้นไม่จำกัดแต่เพียงเรื่องของการลงทุน แต่ควรรวมไปถึงการค้าที่เกี่ยวข้องกับการส่งออกและนำเข้าด้วย

### (7) การคุ้มครองและปฏิบัติต่อผู้ลงทุน (Investment Protection and Treatment)

การคุ้มครองผู้ลงทุนเป็นเครื่องมือทางนโยบายที่สำคัญในการดึงดูดผู้ลงทุนต่างชาติ ซึ่งมีความเกี่ยวข้องกับเครื่องมือส่งเสริมและอำนวยความสะดวกในการลงทุน (ตามหลักข้อ 8) โดยหลักพื้นฐานของการคุ้มครองการลงทุนในระดับประเทศ ตั้งอยู่บนพื้นฐานของหลักนิติธรรม หลักเสรีภาพในการทำสัญญา (Freedom of Contract) และการเข้าถึงศาลยุติธรรม (Access to Courts) ในขณะที่หลักสำคัญในระดับระหว่างประเทศประกอบไปด้วย หลัก FET หลักการปกป้องหากมีการเวนคืนกิจการ (Protection in Case of Expropriation) บทบัญญัติในการส่งเงินกลับสู่ประเทศผู้ลงทุน (Provisions on Movement of Capital) ความมีประสิทธิภาพในการแก้ปัญหาข้อขัดแย้ง (Effective Dispute Settlement) และหลักการไม่เลือกปฏิบัติ (Non-discrimination) อันได้แก่

สิทธิตามหลักปฏิบัติอย่างชาติ (National Treatment – NT) และสิทธิตามหลักปฏิบัติอย่างชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์ยิ่ง (Most-Favoured-Nation Treatment – MFN) ทั้งนี้ นโยบายการลงทุนควรมีหลักดังกล่าวผสมผสานกันอย่างเพียงพอในการคุ้มครองผู้ลงทุน

#### **(8) การส่งเสริมและอำนวยความสะดวกในการลงทุน (Investment Promotion and Facilitation)**

นโยบายในการส่งเสริมและอำนวยความสะดวกในการลงทุนนั้น ประกอบไปด้วย ส่วนประกอบที่สำคัญ 2 ประการ ได้แก่

1) การกำหนดเงื่อนไขในการพัฒนาบรรยากาศในการลงทุนนั้น ควรเป็นไปในทิศทางเดียวกันกับเป้าหมายการพัฒนาที่ยั่งยืนของประเทศ ตัวอย่างเช่น การรักษามาตรฐานหรือกฎระเบียบในด้านสังคมและสิ่งแวดล้อม หรือการให้สิทธิประโยชน์ต่าง ๆ ควรต้องคำนึงถึงผลกระทบต่อประโยชน์ทางเศรษฐกิจของประเทศผู้รับการลงทุน

2) การออกแบบนโยบายการลงทุนควรพิจารณาถึงความเสี่ยง หรือผลเสียที่เกิดจากการแข่งขันที่รุนแรงที่เกิดจากเพิ่มขึ้นของการลงทุนด้วย อาทิ การแข่งขันเพื่อให้ได้สิทธิประโยชน์สูงสุด หรือถูกกฎหมายควบคุมน้อยที่สุด โดยนโยบายการลงทุนควรถูกออกแบบให้เกิดผลกระทบในเชิงลบ โดยเฉพาะต่อสังคมและสิ่งแวดล้อม ให้น้อยที่สุด

#### **(9) ธรรมาภิบาลและความรับผิดชอบต่อสังคม (Corporate Governance and Responsibility)**

ภาครัฐควรมีบทบาทสำคัญในการส่งเสริมสนับสนุนให้ภาคเอกชนนำมาตรฐานความรับผิดชอบต่อสังคมและสิ่งแวดล้อมขององค์กร (Corporate Social Responsibility – CSR) มาใช้อยู่เสมอ รวมถึงติดตามและพัฒนาเพื่อให้สามารถปรับการใช้ จากที่เป็นเพียงมาตรฐานโดยสมัครใจ (Voluntary Standards) มาเป็นข้อกำหนดที่เป็นภาคบังคับ (Mandatory Requirements)

#### **(10) ความร่วมมือระหว่างประเทศ (International Cooperation)**

ประชาคมโลกควรมีบทบาทสำคัญในการส่งเสริมเพื่อให้เกิดการพัฒนาที่ยั่งยืนร่วมกัน โดยเฉพาะอย่างยิ่งต่อกลุ่มประเทศพัฒนาน้อยที่สุด (Least Developed Countries) ตัวอย่างเช่น ในกลุ่มประเทศพัฒนาแล้ว (Developed Countries) ได้มีการจัดตั้งสถาบันประกันการลงทุนพหุภาคี (Multilateral Investment Guarantee Agency – MIGA) ขึ้นมาเพื่อทำหน้าที่รับประกันความเสี่ยงที่ไม่ใช่ในเชิงพาณิชย์ให้แก่ผู้ลงทุน อาทิ ความเสี่ยงทางการเมือง โดยประเทศที่เข้าร่วมเป็นสมาชิกจะสามารถเพิ่มความมั่นใจแก่ผู้ลงทุนทั้งในประเทศและต่างประเทศในด้านต่าง ๆ เช่น การให้ความคุ้มครองแก่ผู้ลงทุนที่ไปลงทุนในประเทศที่เป็นสมาชิก MIGA การจัดหาเงินกู้ดอกเบี้ยต่ำให้แก่ผู้ลงทุนในโครงการที่ได้รับการรับประกันความเสี่ยง หรือการได้รับบริการข้อมูลข่าวสารเกี่ยวกับการลงทุนของประเทศสมาชิกอื่น ๆ

เมื่อเข้าใจถึงหลักการสำคัญทั้ง 10 ประการภายใต้กรอบนโยบายการลงทุนเพื่อการพัฒนาที่ยั่งยืนหรือ IPFSD แล้ว ในลำดับถัดไปผู้เขียนจะพิจารณาถึงหลักปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียมหรือ FET ในกฎหมายการลงทุนของเมียนมาร์ว่ามีความสอดคล้องกับหลัก FET ตามทางเลือกนโยบายในระดับต่าง ๆ ภายใต้กรอบนโยบายการลงทุนเพื่อการพัฒนาที่ยั่งยืนขององค์การ IPFSD (ดังที่ได้กล่าวถึงในหัวข้อ 2.5) หรือไม่ และมากน้อยเพียงใด โดยจะนำแนวทางการประเมิน Levels of



Policy Reform<sup>31</sup> มาประยุกต์ใช้ในการกำหนดเกณฑ์การประเมินการพัฒนาที่ยั่งยืน (Sustainable Assessment Criteria) ในภาพรวม ซึ่งสามารถแบ่งเกณฑ์การประเมินออกได้เป็น 4 ระดับ ดังนี้

**(1) หลัก FET ในกฎหมายการลงทุนเมียนมาร์ ไม่มีการมุ่งเน้นไปสู่การพัฒนาที่ยั่งยืนตามกรอบ IPFSD ขององค์กัต หรือมีการมุ่งเน้นไปสู่การพัฒนาที่ยั่งยืนในระดับที่ต่ำมาก**

หากหลัก FET ในกฎหมายการลงทุนเมียนมาร์ครอบคลุมทางเลือกที่ 1 คือ การมีความผูกพันอย่างไม่มีเงื่อนไข (Unqualified Commitment) ที่จะปฏิบัติต่อผู้ลงทุนต่างชาติหรือการลงทุนของเขาอย่างเป็นธรรมและเท่าเทียม นั้นหมายถึง หลัก FET ในกฎหมายการลงทุนเมียนมาร์ ไม่มีการมุ่งเน้นไปสู่การพัฒนาที่ยั่งยืนตามกรอบ IPFSD ขององค์กัต หรือมีการมุ่งเน้นไปสู่การพัฒนาที่ยั่งยืนในระดับที่ต่ำมาก

**(2) หลัก FET ในกฎหมายการลงทุนเมียนมาร์ มีการมุ่งเน้นไปสู่การพัฒนาที่ยั่งยืนตามกรอบ IPFSD ขององค์กัตในระดับน้อย**

หากหลัก FET ในกฎหมายการลงทุนเมียนมาร์ครอบคลุมทางเลือกที่ 2 คือ การปรับมาตรฐาน FET โดยอ้างอิงกับมาตรฐานขั้นต่ำในการปฏิบัติต่อผู้ลงทุนต่างชาติ (Minimum Standard of Treatment of Aliens – MST) ภายใต้จารีตประเพณีระหว่างประเทศ (Customary International Law – CIL) นั้นหมายถึง หลัก FET ในกฎหมายการลงทุนเมียนมาร์ มีการมุ่งเน้นไปสู่การพัฒนาที่ยั่งยืนตามกรอบ IPFSD ขององค์กัตในระดับน้อย

**(3) หลัก FET ในกฎหมายการลงทุนเมียนมาร์ มีการมุ่งเน้นไปสู่การพัฒนาที่ยั่งยืนตามกรอบ IPFSD ขององค์กัตในระดับปานกลาง**

หากหลัก FET ในกฎหมายการลงทุนเมียนมาร์ครอบคลุมทางเลือกที่ 3 คือ การแทนที่หรือระบุหลัก FET ให้ชัดเจนด้วยการบัญญัติไว้ในภาระหน้าที่ของรัฐอย่างครบถ้วน (Exhaustive List of State Obligations) หรือทางเลือกที่ 4 คือ การระบุหลัก FET ให้ชัดเจน (โดยให้ความเห็นหรือแนวทางในการตีความแก่นักทฤษฎีการระงับข้อพิพาท) นั้นหมายถึง หลัก FET ในกฎหมายการลงทุนเมียนมาร์ มีการมุ่งเน้นไปสู่การพัฒนาที่ยั่งยืนตามกรอบ IPFSD ขององค์กัตในระดับปานกลาง

**(4) หลัก FET ในกฎหมายการลงทุนเมียนมาร์ มีการมุ่งเน้นไปสู่การพัฒนาที่ยั่งยืนตามกรอบ IPFSD ขององค์กัตในระดับมาก**

หากหลัก FET ในกฎหมายการลงทุนเมียนมาร์ครอบคลุมทางเลือกที่ 5 คือ การลดหลัก FET ให้เป็นเพียงถ้อยแถลงทางนโยบายที่อาจก่อให้เกิดข้อผูกพันทางการเมือง (Political Commitment) แทนที่จะใช้ในฐานะที่เป็นมาตรฐานทางกฎหมายในการดำเนินการต่าง ๆ (Operative Legal Standard) หรือทางเลือกที่ 6 คือ การไม่ใช้หลัก FET นั้นหมายถึง หลัก FET ในกฎหมายการลงทุนเมียนมาร์ มีการมุ่งเน้นไปสู่การพัฒนาที่ยั่งยืนตามกรอบ IPFSD ขององค์กัตในระดับมาก

เมื่อพิจารณาถึงหลักปฏิบัติที่เป็นธรรมแล้วเท่าเทียมหรือ FET ในกฎหมายการลงทุนของเมียนมาร์ (ดังที่ได้กล่าวถึงในหัวข้อ 3.3) ที่ประกอบด้วย 1) สิทธิในการได้ข้อมูลที่เกี่ยวข้อง (Right to Obtain the Relevant Information) และ 2) สิทธิในการเข้าถึงกระบวนการที่ชอบด้วยกฎหมายตามหลักศุนีติกระบวนการ (Right to Due Process of Law) และสิทธิในการอุทธรณ์ในเรื่องมาตรการ

<sup>31</sup> ERIA SME Research Working Group (2014). “ASEAN SME Policy Index Towards Competitive and Innovative ASEAN SMES” Economic Research Institute for ASEAN and East Asia (ERIA). p.8.

ที่คล้ายกัน (Right to Appeal on Similar Measure) แล้ว จะพบว่ามีความสอดคล้องกับทางเลือกนโยบายตามกรอบของ IPFSD ในระดับที่ 3 ซึ่งก็คือ การแทนที่หรือระบุหลัก FET ให้ชัดเจนด้วยการบัญญัติไว้ในภาระหน้าที่ของรัฐอย่างครบถ้วน ดังนั้นจึงสรุปได้ว่า หลักปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียม หรือ FET ในกฎหมายการลงทุนเมียนมาร์ มีการมุ่งเน้นไปสู่การพัฒนาที่ยั่งยืนตามกรอบ IPFSD ขององค์กรในระดัปลานกลาง ดังที่แสดงในตารางสรุปการเปรียบเทียบในหน้าถัดไป (ตารางที่ 4)

กล่าวโดยสรุป เนื้อหาในบทนี้มีความเชื่อมโยงถึงบทที่ 2 โดยเฉพาะในเรื่องระดับชั้นของหลัก FET ตามทางเลือกนโยบายในระดับต่าง ๆ ภายใต้กรอบนโยบายการลงทุนเพื่อการพัฒนาที่ยั่งยืนขององค์กรหรือ IPFSD โดยผู้เขียนได้เริ่มต้นอธิบายถึงพัฒนาการและสาระสำคัญของกฎหมายการลงทุนเมียนมาร์ ซึ่งเป็นหนึ่งในปัจจัยสำคัญที่กำหนดทิศทางเงินลงทุนโดยตรงจากต่างประเทศหรือ FDI ในเมียนมาร์ ได้ชี้ให้เห็นว่าแนวโน้ม FDI ในเมียนมาร์อยู่ในทิศทางขาขึ้น พร้อมทั้งสัดส่วนของประเทศที่เข้าไปลงทุนก็มีความหลากหลายมากขึ้น ไม่ว่าจะเป็นจากประเทศจีน สิงคโปร์ ไทย ฮองกง สหราชอาณาจักร หรือเกาหลีใต้ และได้ยกตัวอย่างถึงบริษัทไทยขนาดใหญ่ที่เข้าไปลงทุนหรือเตรียมเข้าไปลงทุนในเมียนมาร์ จากนั้นได้อธิบายถึงหลักปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียมหรือ FET ในกฎหมายการลงทุนของเมียนมาร์ ว่ารัฐได้ให้การคุ้มครองในเรื่องใดบ้าง แล้วจึงนำมาเปรียบเทียบกับหลัก FET ตามทางเลือกนโยบายในระดับต่าง ๆ ภายใต้กรอบนโยบายการลงทุนเพื่อการพัฒนาที่ยั่งยืนขององค์กรหรือ IPFSD ว่ามีความสอดคล้องกันเพียงใด โดยได้ข้อสรุปว่าหลัก FET ในกฎหมายการลงทุนเมียนมาร์ มีการมุ่งเน้นไปสู่การพัฒนาที่ยั่งยืนตามกรอบ IPFSD ขององค์กรในระดัปลานกลาง

**ตารางที่ 4 สรุปการเปรียบเทียบหลัก FET ในกฎหมายการลงทุนของเมียนมาร์กับหลัก FET ตามทางเลือกนโยบายในระดับต่าง ๆ ภายใต้กรอบนโยบายการลงทุนเพื่อการพัฒนาที่ยั่งยืนขององค์ก้ดหรือ IPFSD ว่ามีการมุ่งเน้นไปสู่การพัฒนาที่ยั่งยืนในระดับใด**

เกณฑ์การประเมินการพัฒนาที่ยั่งยืน	ระดับชั้นของหลัก FET ตามทางเลือกนโยบายในระดับต่าง ๆ ภายใต้กรอบนโยบายการลงทุนเพื่อการพัฒนาที่ยั่งยืนขององค์ก้ดหรือ IPFSD	สิทธิตามหลักปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียมที่รัฐบาลเมียนมาร์ให้การรับรองแก่ผู้ลงทุน
<p><b>ระดับที่ 1:</b> ไม่มีการมุ่งเน้นไปสู่การพัฒนาที่ยั่งยืนตามกรอบ IPFSD ขององค์ก้ด หรือมีการมุ่งเน้นไปสู่การพัฒนาที่ยั่งยืนในระดับที่ต่ำมาก</p>	<p><b>(1) การมีความผูกพันอย่างไม่มีเงื่อนไข (Unqualified Commitment) ที่จะปฏิบัติต่อผู้ลงทุนต่างชาติหรือการลงทุนของเขาอย่างเป็นธรรมและเท่าเทียม</b>                      การมีความผูกพันอย่างไม่มีเงื่อนไขนั้น แม้จะเป็นทางเลือกที่คุ้มครองผู้ลงทุนต่างชาติอย่างสูงสุด (Maximum Protection) แต่ขณะเดียวกันก็เป็นการเพิ่มความเสี่ยงในการฟ้องร้องของผู้ลงทุนต่างชาติที่มีต่อประเทศผู้รับการลงทุน โดยอาจส่งผลกระทบต่อความรับผิดชอบทางการเงินของรัฐ รวมถึงอาจเป็นการจำกัดอำนาจในการเปลี่ยนหรือกำหนดนโยบายใหม่ ๆ ที่เป็นสาธารณประโยชน์ของประเทศผู้รับการลงทุน (ที่อาจส่งผลกระทบในทางลบต่อผู้ลงทุนต่างชาติ) ซึ่งอาจทำให้เกิดปัญหาอื่นตามมาได้</p>	<p>ไม่ปรากฏ</p>
<p><b>ระดับที่ 2:</b> มีการมุ่งเน้นไปสู่การพัฒนาที่ยั่งยืนตามกรอบ IPFSD ขององค์ก้ดในระดับน้อย</p>	<p><b>(2) การปรับมาตรฐาน FET โดยอ้างอิงกับมาตรฐานขั้นต่ำในการปฏิบัติต่อผู้ลงทุนต่างชาติ (Minimum Standard of Treatment of Aliens – MST) ภายใต้จารีตประเพณีระหว่างประเทศ (Customary International Law – CIL)</b>                      การอ้างอิงจารีตประเพณีระหว่างประเทศ อาจช่วยให้รัฐสามารถปรับเปลี่ยนนโยบายสาธารณะ (Public Policies) ได้บ้างตามสถานการณ์ (ต่างจากกรณีแรกที่ห้ามมีการปรับเปลี่ยนนโยบายที่ส่งผลกระทบทางลบต่อผู้ลงทุนต่างชาติเลย) เว้นเสียแต่ว่าเครื่องมือเหล่านั้นเป็นการปฏิบัติที่ผิดอย่างร้ายแรง</p>	<p>ไม่ปรากฏ</p>

เกณฑ์การประเมินการพัฒนาที่ยั่งยืน	ระดับชั้นของหลัก FET ตามทางเลือกนโยบายในระดับต่าง ๆ ภายใต้กรอบนโยบายการลงทุนเพื่อการพัฒนาที่ยั่งยืนขององค์การหรือ IPFSD	สิทธิตามหลักปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียมที่รัฐบาลเมียนมาร์ให้การรับรองแก่ผู้ลงทุน
	<p>(Egregious Mistreatment) ต่อผู้ลงทุนต่างชาติอย่างชัดเจน</p> <p>อย่างไรก็ดี แนวทางการอ้างอิง MST และ CIL นั้น ยังมีเนื้อหาบางส่วนที่อาจต้องตีความหลายชั้นหรือยากที่จะทำให้ความเข้าใจ วิธีแก้ทางหนึ่งก็คือ ทุกฝ่ายควรระบุให้ชัดว่า การกระทำแบบใดที่เป็นการฝ่าฝืนหลักมาตรฐานระหว่างประเทศ (Short of International Standards) เป็นการกระทำที่โหดเหี้ยม (Outrage) เป็นการกระทำโดยไม่สุจริต (Bad Faith) หรือมีเจตนาที่จะละเลยในการปฏิบัติหน้าที่ (Wilful Neglect of Duty) ซึ่งจะทำให้ช่วยยืนยันได้ตั้งแต่เริ่มต้นในการตรวจสอบว่าการกระทำใดเป็นการฝ่าฝืนหลักดังกล่าว</p>	
<p><b>ระดับที่ 3:</b> มีการมุ่งเน้นไปสู่การพัฒนาที่ยั่งยืนตามกรอบ IPFSD ขององค์การในระดับปานกลาง</p>	<p><b>(3) การแทนที่หรือระบุหลัก FET ให้ชัดเจนด้วยการบัญญัติไว้ในภาระหน้าที่ของรัฐอย่างครบถ้วน (Exhaustive List of State Obligations)</b></p> <p>การแทนที่หรือระบุหลัก FET ให้ชัดเจนด้วยการบัญญัติไว้ในภาระหน้าที่ของรัฐอย่างครบถ้วนนั้นเป็นอีกหนึ่งทางเลือกที่น่าสนใจ เพราะเป็นการหลีกเลี่ยงการตีความที่ไม่คาดคิด หรือการตีความที่กว้างเกินไปของศาลยุติธรรม (Unanticipated and Far-reaching Interpretations) ที่อาจส่งผลกระทบต่อผู้ลงทุน โดยทุกฝ่ายควรมีการสร้างกลไกให้เกิดการปรับปรุงพัฒนาและทบทวนกรณีต่าง ๆ อยู่เสมอ (Periodic Review) เพื่อให้เป็นไปตามพัฒนาการของการระงับข้อพิพาทในระดับสากล</p> <p>ตัวอย่างของการปรับหลัก FET ในระดับชั้นนี้ เช่น ระบุให้เป็น</p>	<p><b>(1) สิทธิในการได้ข้อมูล<sup>32</sup></b></p> <p>รัฐบาลเมียนมาร์ได้ให้การรับรองว่าจะปฏิบัติต่อผู้ลงทุน (ทั้งผู้ลงทุนต่างชาติและในประเทศ) อย่างเป็นธรรมและเท่าเทียม ในเรื่องสิทธิในการได้ข้อมูล (Right to Obtain the Relevant Information) ที่เกี่ยวข้องกับมาตรการใด ๆ หรือการตัดสินใจซึ่งมีผลกระทบอย่างมีนัยสำคัญ (Significant Impact) ต่อผู้ลงทุนและการลงทุนโดยตรงของผู้ลงทุน</p> <p><b>(2) สิทธิในการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรมที่ถูกต้องและสิทธิในการอุทธรณ์</b></p>

<sup>32</sup> อ่างแล้ว, เซิงอรรถที่ 28

เกณฑ์การประเมินการ พัฒนาที่ยั่งยืน	ระดับชั้นของหลัก FET ตามทางเลือกนโยบายในระดับต่าง ๆ ภายใต้กรอบ นโยบายการลงทุนเพื่อการพัฒนาที่ยั่งยืนขององค์การหรือ IPFSD	สิทธิตามหลักปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียมที่รัฐบาล เมียนมาร์ให้การรับรองแก่ผู้ลงทุน
	<p>ภาระหน้าที่ของรัฐที่ต้อง</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- ดำรงความยุติธรรมในการพิจารณาคดีความหรือกระบวนการพิจารณาทางกฎหมาย (Judicial or Administrative Proceedings)</li> <li>- ปฏิเสธการปฏิบัติใด ๆ ที่ทำโดยพลการอย่างชัดแจ้ง (Manifestly Arbitrary Manner) ต่อผู้ลงทุน</li> <li>- ไม่กระทำการใด ๆ ที่ชัดเจนว่าเป็นการฝ่าฝืนหลักสิทธิกระบวนการ หรือหลักกระบวนการที่ชอบด้วยกฎหมาย (Due Process of Law)</li> <li>- ไม่ก่อให้เกิดการมีส่วนร่วมอย่างชัดแจ้งในการปฏิบัติที่ไม่ถูกต้อง ที่เกี่ยวข้องกับ การบีบบังคับ หรือการข่มขู่อย่างไม่มีเหตุผล (Unjustified Coercion or Harassment) และอย่างต่อเนื่อง</li> <li>- ไม่ละเมิดต่อความคาดหวังที่ชอบด้วยกฎหมาย (Legitimate Expectations) ของผู้ลงทุนที่มีต่อตัวแทนหรือมาตรการในการกระตุ้นการลงทุน (Investment-inducing Representations or Measures)</li> </ul> <p><b>(4) การระบุให้ชัดเจน (โดยให้ความเห็นหรือแนวทางในการตีความแก่ อนุญาโตตุลาการในการระงับข้อพิพาท) ว่า</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- หลัก FET นั้น รวมถึงพันธกรณีในการดำรงความยุติธรรมในการพิจารณาคดีอาญา คดีแพ่ง และคดีปกครอง (Criminal, Civil or Administrative Proceedings)</li> <li>- การที่ประเทศผู้รับการลงทุนฝ่าฝืนเงื่อนไขอื่น ๆ ของความตกลงฯ ฉบับเดียวกัน หรือความตกลงระหว่างประเทศฉบับอื่น ไม่ถือเป็นข้อกล่าวอ้างว่า</li> </ul>	<p>รัฐบาลเมียนมาร์ได้ให้การรับรองว่าจะปฏิบัติต่อผู้ลงทุน (ทั้งผู้ลงทุนต่างชาติและในประเทศ) อย่างเป็นธรรมและเท่าเทียมในเรื่องสิทธิในการเข้าถึงกระบวนการที่ชอบด้วยกฎหมายตามหลักหลักสิทธิกระบวนการ (Right to Due Process of Law) และสิทธิในการอุทธรณ์ในมาตรการที่คล้ายกัน (Right to Appeal on Similar Measure) รวมถึงการเปลี่ยนข้อกำหนดและเงื่อนไขตามหนังสืออนุญาตหรือใบอนุญาต และการรับรองที่รัฐบาลให้แก่ผู้ลงทุนและการลงทุนโดยตรงของผู้ลงทุน</p>

เกณฑ์การประเมินการพัฒนาที่ยั่งยืน	ระดับชั้นของหลัก FET ตามทางเลือกนโยบายในระดับต่าง ๆ ภายใต้กรอบนโยบายการลงทุนเพื่อการพัฒนาที่ยั่งยืนขององค์ัดหรือ IPFSD	สิทธิตามหลักปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียมที่รัฐบาลเมียนมาร์ให้การรับรองแก่ผู้ลงทุน
	<p>การกระทำเหล่านั้นเป็นการละเมิดทบัญญัตินี้</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- หลัก FET มิได้ห้ามรัฐใช้หลักสุจริตแห่งกฎหมาย (Good Faith Regulatory) หรือเครื่องมืออื่น ๆ ของรัฐในการดำเนินนโยบายให้เป็นไปตามกฎหมาย</li> </ul>	
<p><b>ระดับที่ 4:</b> มีการมุ่งเน้นไปสู่การพัฒนาที่ยั่งยืนตามกรอบ IPFSD ขององค์ัดในระดับมาก</p>	<p><b>(5) การลดหลัก FET ให้เป็นเพียงถ้อยแถลงทางนโยบายที่อาจก่อให้เกิดข้อผูกพันทางการเมือง (Political Commitment) แทนที่จะใช้ในฐานะที่เป็นมาตรฐานทางกฎหมายในการดำเนินการต่าง ๆ (Operative Legal Standard)</b></p> <p>การลดหลัก FET ให้เป็นเพียงถ้อยแถลงทางนโยบายที่อาจก่อให้เกิดข้อผูกพันทางการเมืองแทนที่จะใช้ในฐานะที่เป็นมาตรฐานทางกฎหมายในการดำเนินการต่าง ๆ นั้น เป็นการลดระดับในการบังคับใช้ลงจนเกือบเท่ากับการไม่ใช้หลัก FET เลย เพราะจะทำให้ไม่มีผลผูกพันทางกฎหมาย (Legally Binding) แต่ยังสามารถคงลักษณะของหลักนี้ไว้ได้อยู่ (Best Endeavor Character) อาทิ การบัญญัติหลัก FET ไว้เฉพาะแต่ในอารัมภบทหรือบทนำ (Preamble) ของความตกลงฯ โดยแม้จะไม่มีผลผูกพันทางกฎหมาย แต่ก็สามารถช่วยเสริมแนวทางในการตีความหลัก FET ในส่วนอื่น ๆ ของความตกลงฯ ได้</p> <p><b>(6) การไม่ใช้หลัก FET</b></p> <p>ทางเลือกสุดท้าย คือ การไม่ใช้หลัก FET เลย โดยทางเลือกนี้แม้จะเป็นการลดความเสี่ยงของรัฐในการถูกฟ้องร้องโดยผู้ลงทุนต่างชาติ เพราะเป็นการลดข้อเรียกร้องต่าง ๆ ของผู้ลงทุนลง แต่ขณะเดียวกันก็เป็นการลดคุณค่าของความคุ้มครองผู้ลงทุนในความตกลงฯ (Protective Value of the Agreement) ซึ่ง</p>	<p>ไม่ปรากฏ</p>

เกณฑ์การประเมินการ พัฒนาที่ยั่งยืน	ระดับชั้นของหลัก FET ตามทางเลือกนโยบายในระดับต่าง ๆ ภายใต้กรอบ นโยบายการลงทุนเพื่อการพัฒนาที่ยั่งยืนขององค์การหรือ IPFSD	สิทธิตามหลักปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียมที่รัฐบาล เมียนมาร์ให้การรับรองแก่ผู้ลงทุน
	อาจส่งผลกระทบต่อความเชื่อมั่นของผู้ลงทุนต่างชาติในการลงทุนในประเทศ ผู้รับการลงทุนได้	

## บทที่ 4

### แนวทางการปรับใช้หลัก FET ในกฎหมายส่งเสริมการลงทุนของไทย

ประเทศไทยให้ความสำคัญกับการส่งเสริมการลงทุนอย่างต่อเนื่องมาช้านาน โดยในระยะแรกได้เน้นส่งเสริมให้ภาคเอกชนไทยและต่างประเทศเข้ามาลงทุนในอุตสาหกรรมการผลิตสินค้าและบริการเป้าหมายที่เป็นประโยชน์ต่อเศรษฐกิจและสังคม การส่งออก การใช้ทุน แรงงานและวัตถุดิบภายในประเทศ โดยให้สิทธิประโยชน์ในด้านต่าง ๆ อาทิ การลดหย่อนหรือยกเว้นอากรขาเข้า ภาษีเงินได้นิติบุคคล การหักค่าใช้จ่ายรายการอื่น ๆ เพื่อลดภาระภาษีที่ต้องเสีย หรือการให้หลักประกันและคุ้มครองการลงทุน ต่อมาในระยะหลังรัฐบาลได้ให้ความสำคัญกับการส่งเสริมการลงทุนโดยตรงจากต่างประเทศ (Foreign Direct Investment – FDI) มากขึ้น เพราะมีผลโดยตรงกับการเจริญเติบโตของเศรษฐกิจไทย โดยได้มีนโยบายเน้นการพัฒนาและส่งเสริมให้ไทยเป็นฐานของการประกอบธุรกิจ การบริการและการลงทุนที่โดดเด่นในภูมิภาค ดังนั้น การนำหลักปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียม (Fair and Equitable Treatment – FET) มาบัญญัติไว้ในกฎหมายส่งเสริมการลงทุนของไทย น่าจะเป็นหนึ่งในปัจจัยสำคัญที่ช่วยให้ผู้ลงทุนต่างชาติมีความมั่นใจในการลงทุนในประเทศไทยมากขึ้น และส่งผลให้เงินลงทุนทางตรงจากประเทศหรือ FDI สูงขึ้นในที่สุด

#### 4.1 พัฒนาการของนโยบายส่งเสริมการลงทุนไทย

ประเทศไทยได้ให้ความสำคัญกับการส่งเสริมการลงทุนอย่างจริงจังเป็นครั้งแรกในปี พ.ศ. 2503 ภายใต้การนำของจอมพลสฤษดิ์ ธนะรัชต์ นายกรัฐมนตรีในสมัยนั้น ที่ต้องการสนับสนุนให้เอกชนมีบทบาทสำคัญในการลงทุนและบริหารงานอุตสาหกรรม โดยได้ตราพระราชบัญญัติส่งเสริมการลงทุนเพื่อกิจการอุตสาหกรรม พ.ศ. 2503 ขึ้น มีสาระสำคัญคือ รัฐได้ให้หลักประกันกับเอกชนผู้ลงทุนว่ารัฐจะไม่โอนกิจการของเอกชนมาเป็นของรัฐ และจะไม่ประกอบกิจการขึ้นใหม่มาแข่งขันกับเอกชนผู้ได้รับการส่งเสริมการลงทุน ตลอดจนรัฐจะให้มาตรการจูงใจด้านภาษีอากร เครื่องจักร วัตถุดิบและภาษีรายได้ และอนุญาตให้นำช่างฝีมือจากต่างประเทศเข้ามาได้นอกเหนือสัดส่วนที่กำหนดไว้ในกฎหมายคนเข้าเมือง รวมถึงให้บริษัทต่างชาติถือครองที่ดินเพื่อประกอบกิจการอุตสาหกรรมได้ ซึ่งต่อมาได้มีการปรับปรุงแก้ไขกฎหมายฯ ให้ทันสมัยมากขึ้น จนในที่สุดได้มีการตราพระราชบัญญัติส่งเสริมการลงทุน พ.ศ. 2520 ในสมัยนายธานินทร์ กรัยวิเชียร เป็นนายกรัฐมนตรี และได้มีการปรับปรุงพัฒนาเรื่อยมาจนถึงปัจจุบัน

จากการศึกษาแผนพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติของไทยตั้งแต่ฉบับแรก<sup>33</sup> พบว่าประเทศไทยได้เริ่มกำหนดนโยบายส่งเสริมการลงทุนโดยตรงระหว่างประเทศอย่างเป็นทางการเป็นรูปธรรมในช่วงแผนพัฒนาฯ ฉบับที่ 2 (พ.ศ. 2510-2514) และได้มีการพัฒนาอย่างต่อเนื่องเรื่อยมาจนถึงแผนพัฒนาฯ ฉบับปัจจุบัน หรือฉบับที่ 12 (พ.ศ. 2560-2564) ทั้งนี้ เนื่องจากรัฐได้ตระหนักถึงความสำคัญของการลงทุนทางตรงจากต่างประเทศหรือ FDI ว่ามีความสำคัญต่อการเจริญเติบโตของเศรษฐกิจไทย เพราะไม่เพียงแต่จะช่วยกระตุ้นให้เกิดการลงทุนภายในประเทศเพิ่มขึ้น แต่ FDI ยังได้นำความรู้ด้านเทคโนโลยี การจัดการและทุนทางปัญญา มาช่วยเพิ่มศักยภาพในการแข่งขันของประเทศไทย รวมถึง

<sup>33</sup> จักรกฤษณ์ ดวงพิศตรา (2559). “นโยบายและมาตรการส่งเสริมการลงทุนของไทย” มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช สาขาวิชาเศรษฐศาสตร์



ก่อให้เกิดการจ้างงานคนไทยในโครงการของผู้ลงทุนต่างชาติที่ได้รับการส่งเสริมการลงทุน โดยนโยบายส่งเสริมการลงทุนโดยตรงของไทยตั้งแต่อดีตจนถึงปัจจุบัน มีสาระสำคัญโดยสังเขป ดังนี้

### (1) การส่งเสริมการลงทุนโดยตรงในช่วงแผนพัฒนาฯ ฉบับที่ 2 (พ.ศ. 2510-2514)

รัฐบาลให้ความสำคัญกับการส่งเสริมการลงทุนเพื่อกิจการอุตสาหกรรมตามที่กำหนดไว้ในกฎหมายส่งเสริมการลงทุน โดยกรณีของผู้ลงทุนต่างชาติที่ได้รับการส่งเสริมการลงทุนจากคณะกรรมการส่งเสริมการลงทุน จะได้รับสิทธิประโยชน์ในด้านการถือกรรมสิทธิ์ที่ดิน และได้รับยกเว้นอากรขาเข้า ภาษีการค้า ภาษีเงินได้ ตลอดจนการอำนวยความสะดวกในเรื่องการนำเข้าและส่งออกเงินตราต่างประเทศ รวมถึงการนำเข้าช่างฝีมือและผู้ชำนาญการจากต่างประเทศมาทำงานในประเทศไทย อีกทั้ง รัฐบาลยังให้หลักประกันต่อผู้ลงทุนต่างชาติที่ได้รับการส่งเสริมการลงทุนว่า รัฐบาลจะไม่ประกอบกิจการอุตสาหกรรมขึ้นใหม่แข่งกับกิจการของผู้ที่ได้รับการส่งเสริม และรัฐจะไม่โอนกิจการอุตสาหกรรมของเอกชนมาเป็นของรัฐ รวมถึงอาจได้รับสิทธิและประโยชน์พิเศษในการควบคุมสินค้านำเข้าสำหรับผลิตภัณฑ์บางชนิดภายในกำหนดเวลาที่เห็นสมควร

กิจการสำคัญที่รัฐบาลให้การส่งเสริมการลงทุนโดยตรงจากต่างประเทศในช่วงนี้ ได้แก่ กิจการถลุงเหล็กจากสินแร่ กิจการเคมีจากผลิตภัณฑ์ปิโตรเลียม กิจการผลิตวัสดุก่อสร้าง กิจการประกอบรถยนต์และจักรยานยนต์ กิจการผลิตแก้วเพื่อทำหลอดแก้วและหลอดไฟฟ้า กิจการผลิตอาหารสำเร็จรูป และกิจการทำเหมืองแร่ (ดีบุก วุลแฟรม พลวง แมงกานีส ฟลูออไรท์ เหล็ก ยิปซัม และตะกั่ว) โดยรัฐบาลพยายามปรับแก้กฎระเบียบที่เป็นอุปสรรคต่อการลงทุนในกิจการข้างต้นให้ดีขึ้น

### (2) การส่งเสริมการลงทุนโดยตรงในช่วงแผนพัฒนาฯ ฉบับที่ 3 (พ.ศ. 2515-2519)

รัฐบาลยังคงให้ความสำคัญกับการส่งเสริมการลงทุนเพื่อกิจการอุตสาหกรรมตามที่กำหนดไว้ในกฎหมายส่งเสริมการลงทุนอย่างต่อเนื่อง โดยเน้นหนักในด้านอุตสาหกรรมเพื่อการส่งออก อุตสาหกรรมที่มีมูลค่าเพิ่มสูง อุตสาหกรรมพื้นฐานและอุตสาหกรรมที่มีความเชื่อมโยงต่อเนื่องกับอุตสาหกรรมอื่น โดยเฉพาะอย่างยิ่งสาขาการเกษตร อีกทั้ง สนับสนุนให้กิจการอุตสาหกรรมกระจายออกไปสู่ส่วนภูมิภาค และให้ความคุ้มครองช่วยเหลืออุตสาหกรรมทางด้านภาษีอากรและอื่น ๆ ในระดับที่เหมาะสม รวมถึงจูงใจให้ผู้ลงทุนต่างชาติมาลงทุนในไทยมากขึ้นด้วยการให้สิทธิประโยชน์ต่าง ๆ อาทิ การลดหย่อนและยกเว้นภาษีอากรเครื่องจักร อุปกรณ์ และวัตถุดิบ การยกเว้นภาษีเงินได้ กำหนดระยะเวลา 5 ปี การลดอัตราค่าไฟฟ้าและประปาเป็นพิเศษแก่อุตสาหกรรมที่ไปตั้งในชนบท ห่างไกล การอนุญาตให้นำช่างฝีมือจากต่างประเทศ การอนุญาตให้นำเงินออกประเทศ และการให้สิทธิซื้อที่ดินแก่ชาวต่างชาติ

มาตรการสำคัญในการส่งเสริมการลงทุนโดยตรงนั้น รัฐบาลมีมาตรการปรับปรุงกฎหมายส่งเสริมการลงทุนให้มีผลชักจูงให้มีการลงทุนในกิจการอุตสาหกรรมของเอกชน และแก้ไขกฎระเบียบที่เกี่ยวข้องให้สอดคล้องกับนโยบายส่งเสริมการลงทุน รวมถึงปรับปรุงวิธีการส่งเสริมการลงทุนให้เหมาะสม โดยขยายขอบเขตการส่งเสริมให้กว้างขึ้น โดยเฉพาะอุตสาหกรรมที่มีความสำคัญต่อประชาชน และเร่งรัดการสร้างสิ่งอำนวยความสะดวกแก่ผู้ลงทุนเพื่อเพิ่มความมั่นใจให้แก่ผู้ลงทุน เช่น การขนส่ง พลังงาน และนิคมอุตสาหกรรม โดยกิจการสำคัญที่รัฐบาลให้การส่งเสริมการลงทุนโดยตรงจากต่างประเทศในช่วงนี้ ได้แก่ กิจการแต่งและถลุงแร่ กิจการอาหารสำเร็จรูป กิจการผลิตเครื่องจักรกล กิจการผลิตยางรถยนต์ กิจการผลิตน้ำมันปิโตรเลียม กิจการผลิตเคมีและผลิตภัณฑ์ปิโตรเลียม

โตรเคมี กิจกรรมผลิตอุปกรณ์ขนส่ง กิจกรรมรีดและถลุงเหล็กเส้น กิจกรรมผลิตกระดาษหนังสือพิมพ์ กิจกรรมผลิตเฟอร์นิเจอร์ และกิจกรรมฟอกหนัง

### (3) การส่งเสริมการลงทุนโดยตรงในช่วงแผนพัฒนาฯ ฉบับที่ 4 (พ.ศ. 2520-2524)

รัฐบาลยังคงให้ความสำคัญกับการส่งเสริมการลงทุนเพื่อกิจการอุตสาหกรรมตามที่กำหนดไว้ในกฎหมายส่งเสริมการลงทุนเช่นเดิม แต่ได้มีการยกระดับความร่วมมือทางอุตสาหกรรมในกลุ่มอาเซียนและประเทศเพื่อนบ้าน เพื่อใช้ประโยชน์จากทรัพยากรร่วมกันมากขึ้น เช่น การยกระดับความร่วมมือกับประเทศอินโดนีเซียและเมียนมาร์ เนื่องจากทั้ง 2 ประเทศมีแหล่งน้ำมันและก๊าซมาก หรือกับประเทศมาเลเซียและฟิลิปปินส์ เนื่องจากทั้ง 2 ประเทศมีแหล่งแร่ธาตุที่สามารถใช้ทำปุ๋ยได้เป็นอย่างดี

ในส่วนของการลงทุนจากต่างประเทศในภาคอุตสาหกรรมนั้น แผนพัฒนาฯ ฉบับนี้ เห็นว่าการส่งเสริมการลงทุนจากต่างประเทศที่ผ่านมายังไม่สอดคล้องกับเป้าหมายการพัฒนาอุตสาหกรรมของประเทศโดยส่วนรวม เพราะมุ่งเน้นแต่ความเหมาะสมทางเศรษฐกิจ ในขณะที่มองข้ามผลทางการเมืองและสังคม สภาวะแวดล้อม การถ่ายทอดเทคโนโลยี และผลกระทบต่อการพัฒนาโครงสร้างอุตสาหกรรมและเศรษฐกิจในระยะยาว อีกทั้งยังไม่มีกำหนดประเภทอุตสาหกรรมที่จะส่งเสริมให้ชาวต่างประเทศมาลงทุนที่ชัดเจน

กิจการสำคัญที่รัฐบาลส่งเสริมการลงทุนโดยตรงจากต่างประเทศในช่วงนี้ ได้แก่ กิจการผลิตเพื่อการส่งออก กิจการแปรรูปวัตถุดิบทางการเกษตรในแหล่งวัตถุดิบในภูมิภาค โดยรัฐบาลได้ลดการให้สิทธิประโยชน์แก่อุตสาหกรรมที่ผลิตสินค้าอุปโภคบริโภคเพื่อทดแทนการนำเข้า เช่น วัสดุก่อสร้าง ซีเมนต์ เครื่องแก้ว สีกระเบื้อง สิ่งทอ ในขณะที่สนับสนุนอุตสาหกรรมที่ผลิตเพื่อทดแทนการนำเข้า เฉพาะประเภทสินค้าทุน หรือสินค้ากึ่งวัตถุดิบที่มีการใช้วัตถุดิบภายในประเทศเป็นจำนวนมาก เช่น กิจการผลิตเยื่อกระดาษ

### (4) การส่งเสริมการลงทุนโดยตรงในช่วงแผนพัฒนาฯ ฉบับที่ 5 (พ.ศ. 2525-2529)

รัฐบาลยังคงให้ความสำคัญกับการส่งเสริมการลงทุนต่อภาคเอกชนทั้งในและต่างประเทศ ในการผลิตและจำหน่ายผลิตภัณฑ์อุตสาหกรรม โดยเน้นไปที่กิจการผลิตเพื่อการส่งออก โดยมีมาตรการต่าง ๆ เพิ่มขึ้นจากในช่วงแผนพัฒนาฯ ฉบับก่อน ได้แก่

- 1) มีการจัดตั้งเขตอุตสาหกรรมเพื่อการส่งออก (Export Processing Zone – EPZ) และคลังสินค้าทัณฑ์บน<sup>34</sup> (Bonded Warehouse) เพื่อช่วยบรรเทาภาระภาษีนำเข้าและส่งออก
- 2) กำหนดอัตราเงินชดเชยภาษีล่วงหน้าเป็นร้อยละของราคาสินค้าส่งออก ซึ่งจะจ่ายให้ผู้ส่งออกเป็นรูปของเครดิตภาษีเมื่อเวลาส่งออก
- 3) เพิ่มแหล่งเงินทุนเพื่อการผลิตและส่งออก และระดับประกันสินเชื่อเพื่อการส่งออก
- 4) ได้จัดระบบการระดมการลงทุนจากต่างประเทศ เพื่อมุ่งส่งเสริมการลงทุนจากต่างประเทศ ให้เกิดประโยชน์ต่อการปรับโครงสร้างอุตสาหกรรมในประเทศ โดย ก) ให้มีหน่วยงานดำเนินการส่งเสริม คัดเลือก กำกับการลงทุน การถ่ายทอดเทคโนโลยีและจดทะเบียนการลงทุนจากต่างประเทศ

<sup>34</sup> คลังสินค้าทัณฑ์บน หมายถึง คลังสินค้าที่ใช้เป็นที่ตรวจของและเก็บรักษาของนำเข้า โดยให้สิทธิประโยชน์แก่ผู้ส่งออกที่ได้รับละเว้นการเก็บอากรขาเข้าและขาออกแก่ของที่นำเข้ามาจากต่างประเทศ และเก็บในคลังสินค้านี้เพื่อส่งออกไปยังต่างประเทศ ทั้งนี้ ไม่ว่าจะส่งออกในสภาพเหมือนเดิมที่นำเข้ามาหรือในสภาพที่ได้ผลิต ผสม หรือประกอบเป็นอย่างอื่นตามหลักเกณฑ์และเงื่อนไขที่กำหนดไว้ในกฎหมาย

ข) ส่งเสริมให้มีการกระจายแหล่งที่มาของการลงทุนจากต่างประเทศ และ ค) ถ่ายทอดเทคโนโลยีและยกระดับทักษะแรงงานไทยในธุรกิจการลงทุนจากต่างประเทศ

#### (5) การส่งเสริมการลงทุนโดยตรงในช่วงแผนพัฒนาฯ ฉบับที่ 6 (พ.ศ. 2530-2534)

แนวนโยบายการลงทุนในช่วงนี้ เป็นการส่งเสริมให้เอกชนทั้งในและต่างประเทศลงทุนในเขตพื้นที่เศรษฐกิจใหม่ โดยเฉพาะพื้นที่บริเวณชายฝั่งทะเลตะวันออก (Eastern Seaboard) เช่น ชลบุรี ระยอง และฉะเชิงเทรา โดยเน้นไปที่อุตสาหกรรมขนาดใหญ่ เพื่อให้การจัดระบบบริการพื้นฐานและการควบคุมด้านสิ่งแวดล้อมของรัฐเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ พร้อมทั้งได้มีการเร่งส่งเสริมการลงทุนด้านอุตสาหกรรมและการท่องเที่ยว เพื่อเพิ่มระดับการจ้างงานภายในประเทศ ส่งผลให้มีการลงทุนจากต่างชาติเพิ่มมากขึ้น โดยเห็นได้จากการจัดตั้งโรงงานอุตสาหกรรมในเขตพื้นที่ภาคตะวันออกที่มีจำนวนเพิ่มมากขึ้น

#### (6) การส่งเสริมการลงทุนโดยตรงในช่วงแผนพัฒนาฯ ฉบับที่ 7 (พ.ศ. 2535-2539)

แนวนโยบายการลงทุนในช่วงนี้ ยังคงเน้นส่งเสริมให้เอกชนทั้งในและต่างประเทศลงทุนในเขตพื้นที่เศรษฐกิจใหม่ โดยมีกลไกการกลั่นกรองการลงทุนให้เกิดการถ่ายทอดเทคโนโลยีมากขึ้น เพื่อเพิ่มขีดความสามารถของคนไทยในการแข่งขันในเวทีระหว่างประเทศ รวมถึงได้มีการออกมาตรการเพื่อช่วยขจัดอุปสรรคของการประกอบธุรกิจให้ลดลง อาทิ การลดขั้นตอนการขออนุญาต การผ่อนคลายนโยบายข้อบังคับ การประสานงานและขจัดความซ้ำซ้อนเรื่องที่ต้องขออนุญาตประกอบจากหลายหน่วยงาน หรือการปรับปรุงโครงสร้างภาษีอากรให้มีผลต่อการส่งเสริมการกระจายและขยายตัวของอุตสาหกรรมมากขึ้น เช่น การปรับอัตราค่าเช่าของที่ดินต่าง ๆ ให้มีอัตราใกล้เคียงกัน โดยกิจการสำคัญที่รัฐบาลให้การส่งเสริมการลงทุนโดยตรงจากต่างประเทศในช่วงนี้จะเป็นกิจการขนาดใหญ่ที่ใช้เงินทุนและเทคโนโลยีสูง รวมถึงอุตสาหกรรมเพื่อการส่งออกและอุตสาหกรรมวิศวกรรม ทั้งนี้เพื่อเป็นฐานให้แก่อุตสาหกรรมอื่นในระยะยาว

นอกจากนี้ รัฐบาลได้เริ่มให้ความสนใจกับการส่งเสริมให้คนไทยไปลงทุนในต่างประเทศ โดยเฉพาะการประมงนอกน่านน้ำในต่างประเทศ เนื่องจากธุรกิจก่อสร้างของไทยได้พัฒนาขึ้นอย่างมีประสิทธิภาพ และเป็นที่ยอมรับของต่างประเทศมากขึ้น โดยตลาดสำคัญที่คนไทยได้งานประมูลก่อสร้าง ได้แก่ ตะวันออกกลางและอาเซียน

อย่างไรก็ตาม ที่ผ่านมาผู้ประกอบการไทยยังคงมีปัญหาและอุปสรรคต่าง ๆ ที่ขอให้ภาครัฐให้ความช่วยเหลือ อาทิ การขาดข้อมูลเรื่องช่องทางและโอกาสการทำธุรกิจ ปัญหาภาระต้นทุนจากการค้าประกันโดยธนาคารต่าง ๆ ปัญหาภาระภาษีราคาเครื่องจักรและอุปกรณ์ที่สูงกว่าคู่แข่งต่างชาติ ข้อจำกัดด้านประสบการณ์ของผู้รับเหมาไทย ทั้งนี้ เพื่อส่งเสริมการประกอบธุรกิจของคนไทยให้ไปรับงานประมูลก่อสร้างในต่างประเทศ รัฐบาลได้ริเริ่มให้มีการศึกษารายละเอียดความเป็นไปได้ในการกำหนดมาตรการเพื่อสนับสนุนการขยายการประมูลรับเหมาก่อสร้างของผู้รับเหมาไทยในต่างประเทศ ตั้งแต่ช่วงแผนพัฒนาฯ ฉบับที่ 6 เพื่อให้เป็นการช่วยลดภาระต้นทุนของผู้รับเหมาก่อสร้างในด้านการค้าประกัน ภาระภาษีและข้อเสียเปรียบต่อบริษัทประมูลต่างประเทศในด้านราคาอุปกรณ์และเครื่องจักร รวมถึงเป็นการเสริมสร้างประสิทธิภาพการรวมกลุ่มของผู้รับเหมาไทย เพื่อเพิ่มพูนประสบการณ์และขีดความสามารถในการดำเนินธุรกิจ

#### (7) การส่งเสริมการลงทุนโดยตรงในช่วงแผนพัฒนาฯ ฉบับที่ 8 (พ.ศ. 2540-2544)

แนวนโยบายการลงทุนในช่วงนี้ ยังคงเน้นให้เอกชนทั้งในและต่างประเทศไปลงทุนในเขตพื้นที่เศรษฐกิจใหม่ โดยเฉพาะพื้นที่บริเวณชายฝั่งทะเลตะวันออก พื้นที่บริเวณชายฝั่งทะเลภาคใต้

พื้นที่ชายฝั่งทะเลตะวันตก พื้นที่ภายใต้ความร่วมมือเขตเศรษฐกิจ 3 ฝ่ายอินโดนีเซีย-มาเลเซีย-ไทย และพื้นที่ภายใต้ความร่วมมืออนุภูมิภาคลุ่มแม่น้ำโขง 6 ประเทศ (ครอบคลุมพื้นที่ภาคเหนือ ภาคตะวันออกเฉียงเหนือ ภาคตะวันออก และภาคตะวันตกของไทย) โดยปรับนโยบายการส่งเสริมการลงทุนให้ยึดปัจจัยเชิงพื้นที่เป็นเกณฑ์หลักในการส่งเสริมการลงทุน ควบคู่ไปกับการเกณฑ์กิจกรรมการลงทุน เพื่อให้สอดคล้องกับนโยบายการจัดการเชิงพื้นที่ ตลอดจนสร้างฐานการผลิตของไทยให้พร้อมกับการเปลี่ยนแปลงในตลาดโลก

กิจการสำคัญที่รัฐบาลให้การส่งเสริมการลงทุนโดยตรงจากต่างประเทศในช่วงนี้ จะเป็นกิจการขนาดใหญ่ที่ใช้เงินทุนและเทคโนโลยีสูง โดยเน้นไปทางอุตสาหกรรมเพื่อการส่งออก รวมถึงอุตสาหกรรมโรงกลั่นน้ำมัน อุตสาหกรรมปิโตรเลียม อุตสาหกรรมปิโตรเคมี และการพัฒนาโครงสร้างพื้นฐานต่าง ๆ

### **(8) การส่งเสริมการลงทุนโดยตรงในช่วงแผนพัฒนาฯ ฉบับที่ 9 (พ.ศ. 2545-2549)**

แนวนโยบายการลงทุนในช่วงนี้ เน้นให้ความสำคัญกับการสร้างนโยบายการลงทุนที่เอื้อต่อการปรับโครงสร้างเศรษฐกิจในระยะยาว โดยมุ่งใช้เทคโนโลยีสมัยใหม่ในการสร้างมูลค่าเพิ่มควบคู่ไปกับการส่งเสริมต่อยอดภูมิปัญญาท้องถิ่นและริเริ่มสร้างเทคโนโลยีด้วยตนเอง รวมถึงให้ความสำคัญกับการถ่ายทอดเทคโนโลยีให้สอดคล้องกับทิศทางการปรับโครงสร้างอุตสาหกรรม สร้างกฎระเบียบและความร่วมมือระหว่างประเทศด้านการลงทุนให้สอดคล้องกับทิศทางการพัฒนาประเทศไทย และปรับปรุงสิทธิประโยชน์ทางภาษีตามมาตรการที่เกี่ยวข้องกับการลงทุนทั้งระบบ ตลอดจนขยายศักยภาพการลงทุนของนักลงทุนไทยร่วมกับประเทศเพื่อนบ้านและในภูมิภาค

นอกจากนี้ รัฐโดยธนาคารแห่งประเทศไทย ยังให้ความสำคัญกับการควบคุมดูแลค่าเงินบาทในตลาดนอกประเทศให้อยู่ในระดับที่เหมาะสมและเอื้อประโยชน์ต่อการลงทุนระหว่างประเทศ เพื่อให้ไม่ให้เป็นเครื่องมือในการเก็งกำไรและใช้ในการโจมตีค่าเงินบาทได้

### **(9) การส่งเสริมการลงทุนโดยตรงในช่วงแผนพัฒนาฯ ฉบับที่ 10 (พ.ศ. 2550-2554)**

แนวนโยบายการลงทุนในช่วงนี้ เน้นไปที่การปรับโครงสร้างการผลิตภาคอุตสาหกรรมและภาคบริการ เพื่อเพิ่มผลิตภาพของสินค้าและบริการ โดยสร้างบรรยากาศการลงทุนที่ดี อาทิ การพัฒนาโครงสร้างพื้นฐานและระบบโลจิสติกส์ การปฏิรูปองค์กร การพัฒนาเครือข่ายวิสาหกิจ (Cluster) การปรับปรุงกฎระเบียบและมาตรฐานด้านต่าง ๆ เพื่อดึงดูดการลงทุนจากต่างประเทศ และส่งเสริมการลงทุนไทยในต่างประเทศ

ในส่วนที่เกี่ยวกับการลงทุนโดยตรงจากต่างประเทศนั้น รัฐได้มีการปรับโครงสร้างภาคอุตสาหกรรมเพื่อให้ไทยเป็นฐานการผลิตระดับภูมิภาคและระดับโลก โดยวางรากฐานให้กับอุตสาหกรรมใหม่ที่มีศักยภาพและมีแนวโน้มในการเติบโตดี ได้แก่ อุตสาหกรรมยานยนต์ อุตสาหกรรมปิโตรเคมี อุตสาหกรรมผลิตภัณฑ์ยาง อุตสาหกรรมแพคเกจจิ้ง อุตสาหกรรมอุปกรณ์เครื่องใช้สำนักงานและที่อยู่อาศัย อุตสาหกรรมแผงวงจรไฟฟ้าและฮาร์ดดิสก์ไดรฟ์วิทย์และโทรทัศน์ อุตสาหกรรมพลังงานชีวภาพ อุตสาหกรรมวัสดุชีวภาพ และอุตสาหกรรมผลิตภัณฑ์เสริมอาหารนิวตราซูติคอลที่ผ่านการสกัดหรือแยกเป็นสารบริสุทธิ์ (Nutraceutical Product)

นอกจากนี้ รัฐยังมีแผนส่งเสริมการลงทุนในประเทศเพื่อนบ้านด้วยการทำกรอบความร่วมมือระหว่างประเทศ ได้แก่ กรอบความร่วมมืออนุภูมิภาคลุ่มแม่น้ำโขง 6 ประเทศ (Greater Mekong Sub Region – GMS) กรอบความร่วมมือเขตเศรษฐกิจ 3 ฝ่าย อินโดนีเซีย ไทย มาเลเซีย (IMT-GT) กรอบความร่วมมือทางเศรษฐกิจอิรวดี-เจ้าพระยา-แม่โขง (ACMECS) กรอบความริเริ่มแห่งอ่าวเบ

งอกสำหรับความร่วมมือหลากหลายสาขาทางวิชาการและเศรษฐกิจ (BIMSTEC) และกรอบความร่วมมือระหว่างไทย-มาเลเซีย (JDS) โดยได้พัฒนาโครงข่ายโครงสร้างพื้นฐานหลักเชื่อมโยงแนวพัฒนาพื้นที่เศรษฐกิจ ได้ปรับปรุงกฎระเบียบทั้งในและระหว่างประเทศ เพื่ออำนวยความสะดวกแก่การลงทุนข้ามพรมแดน ควบคู่ไปกับการป้องกันผลกระทบทางสังคมและสิ่งแวดล้อม รวมถึงได้พัฒนาผู้ประกอบการไทยที่มีศักยภาพให้ไปลงทุนในหลากหลายสาขาในต่างประเทศเพิ่มขึ้นนอกเหนือจากกิจการเดิม อาทิ การทำร้านอาหาร ร้านนวดและสปาในต่างประเทศ และได้มีการเจรจาเพื่อขอแก้ไขกฎระเบียบเกี่ยวกับการลงทุนในประเทศพันธมิตรเพื่อส่งเสริมการลงทุนของไทยในต่างประเทศ อาทิ กฎหมายแรงงาน และกฎหมายเกี่ยวกับการให้บริการ

#### (10) การส่งเสริมการลงทุนโดยตรงในช่วงแผนพัฒนาฯ ฉบับที่ 11 (พ.ศ. 2555-2559)

แนวนโยบายการลงทุนในช่วงนี้ รัฐเน้นให้ความสำคัญกับการลงทุนโดยตรงจากต่างประเทศมากขึ้น เนื่องจากเป็นส่วนที่มีบทบาทสำคัญต่อการขยายตัวของระบบเศรษฐกิจ โดยมีแนวนโยบายที่สำคัญสรุปได้โดยสังเขปดังนี้

1) เน้นพัฒนาพื้นที่ในภูมิภาคต่าง ๆ ของประเทศให้มีการลงทุนและการค้าเชื่อมโยงกับประเทศเพื่อนบ้านและภูมิภาคอาเซียน เพื่อให้ไทยเป็นฐานการพัฒนาด้านอุตสาหกรรม การเกษตร และการท่องเที่ยว

2) เน้นพัฒนาเขตเศรษฐกิจชายแดนและเมืองชายแดน เพื่อดึงดูดการลงทุนระหว่างประเทศ

3) ส่งเสริมให้ไทยเป็นฐานการลงทุนและการประกอบธุรกิจในเอเชีย โดยจัดให้มีสิทธิประโยชน์และการอำนวยความสะดวก เพื่อให้มีการจัดตั้งสำนักงานปฏิบัติการภูมิภาค (Regional Operating Headquarter – ROH)

4) ส่งเสริมผู้ประกอบการไทยในการขยายการลงทุนไปต่างประเทศ โดยเฉพาะประเทศเพื่อนบ้าน

5) ค้ำครองและส่งเสริมสิทธิและผลประโยชน์ของคนไทยในต่างประเทศ และแก้ไขกฎระเบียบที่เป็นอุปสรรคต่อการนำเงินทุนจากต่างประเทศไปใช้ประโยชน์และการนำเงินไปลงทุนในต่างประเทศ

นอกจากนี้ รัฐจะทำการส่งเสริมการลงทุนโดยตรงจากต่างประเทศที่ช่วยปรับโครงสร้างการลงทุนของไทยให้สอดคล้องกับการขยายตัวทางเศรษฐกิจของเอเชีย ตะวันออกกลาง แอฟริกา และเศรษฐกิจในประเทศ โดยอุตสาหกรรมที่มีศักยภาพ ได้แก่ อุตสาหกรรมที่เน้นการใช้เทคโนโลยี นวัตกรรม ความคิดสร้างสรรค์ การผลิตที่เป็นมิตรต่อสิ่งแวดล้อม อุตสาหกรรมที่ใช้เทคโนโลยีการลดคาร์บอน อุตสาหกรรมพลังงาน และธุรกิจบริการ เช่น ศูนย์วิจัยด้านวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยี ธุรกิจการท่องเที่ยว โดยไม่ส่งเสริมการลงทุนกับอุตสาหกรรมข้ามชาติที่ส่งผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมและทรัพยากรธรรมชาติ

ยิ่งไปกว่านั้น ในส่วนที่เกี่ยวกับการลงทุนของไทยในต่างประเทศ รัฐจะทำการเร่งรัดการใช้ประโยชน์จากความตกลงการค้าเสรีด้านการลงทุนที่มีผลบังคับใช้แล้ว อาทิ ความตกลงด้านการลงทุนอาเซียน ความตกลงการค้าเสรีไทย-ออสเตรเลีย ความตกลงหุ้นส่วนเศรษฐกิจที่ใกล้ชิดไทย-ญี่ปุ่น ให้ใช้ประโยชน์จากความตกลงการลงทุนที่มีผลบังคับใช้แล้วและขยายการลงทุนไปต่างประเทศ โดยเฉพาะในประเทศเพื่อนบ้าน เพื่อแก้ไขปัญหาการขาดแคลนแรงงานและวัตถุดิบในประเทศ ตลอดจนใช้ประโยชน์จากสิทธิพิเศษของประเทศเพื่อนบ้านในการผลิตเพื่อส่งออก การสนับสนุนด้านสินเชื่อ การให้ความรู้เกี่ยวกับการจัดตั้งธุรกิจและการเข้าสู่ตลาดต่างประเทศ รวมถึงมีการจัดตั้ง

หอคการค้าและสมาคมธุรกิจเอกชนไทยในต่างประเทศ จัดตั้งเวทีประสานงานระหว่างภาครัฐกับภาคเอกชนควบคู่กับสภาธุรกิจของกรอบความร่วมมือต่าง ๆ

### (11) การส่งเสริมการลงทุนโดยตรงในช่วงแผนพัฒนาฯ ฉบับที่ 12 (พ.ศ. 2560-2564)

ประเทศไทยต้องเผชิญกับแรงกดดันและความเสี่ยงสูงขึ้นภายใต้สถานการณ์ที่กระแสโลกาภิวัตน์เข้มข้นมากขึ้น โดยมีการเคลื่อนย้ายคน เงินทุน องค์ความรู้ เทคโนโลยีข่าวสาร สินค้าและบริการอย่างเสรี ทำให้การแข่งขันในตลาดโลกรุนแรงขึ้น ส่งผลให้มีการรวมตัวด้านเศรษฐกิจของกลุ่มต่าง ๆ ในโลกมีความเข้มข้นขึ้น ประเทศเศรษฐกิจใหม่มีขีดความสามารถในการแข่งขันมากขึ้น เช่น จีน อินเดีย ละตินอเมริกา และเวียดนาม ซึ่งมีแรงงานราคาถูกและมีมาตรการอื่น ๆ ประกอบในการดึงดูดการลงทุนจากต่างประเทศได้เพิ่มขึ้น ดังนั้น ประเทศไทยจึงจำเป็นต้องมีการปรับเปลี่ยนครั้งใหญ่ เพื่อแก้ไขปัญหารากฐานสำคัญที่เป็นจุดอ่อนและข้อจำกัดของประเทศที่สั่งสมมานาน ในขณะเดียวกันก็ต้องดำเนินยุทธศาสตร์เชิงรุกเพื่อใช้ประโยชน์จากจุดแข็งและจุดเด่นของประเทศ

ในแผนพัฒนาฯ ฉบับนี้ รัฐได้มุ่งเน้นการพัฒนาและขยายความร่วมมือทั้งด้านเศรษฐกิจ สังคม ความมั่นคง ฯลฯ กับมิตรประเทศ ซึ่งเป็นการขับเคลื่อนต่อเนื่องจากการดำเนินการภายใต้แผนพัฒนาฯ ฉบับที่ 11 โดยมีแนวทางที่สำคัญ<sup>35</sup> ประกอบด้วย

1) ขยายความร่วมมือทางการค้าและการลงทุนกับมิตรประเทศ และแสวงหาตลาดใหม่สำหรับสินค้าและบริการของไทย

2) พัฒนาความเชื่อมโยงด้านการคมนาคมขนส่ง โลจิสติกส์ และโทรคมนาคมในกรอบความร่วมมืออนุภูมิภาคภายใต้แผนงานต่าง ๆ อาทิ กรอบความร่วมมือทางเศรษฐกิจในอนุภูมิภาคแม่น้ำโขง 6 ประเทศ (Greater Mekong Sub-region – GMS) ยุทธศาสตร์ความร่วมมือทางเศรษฐกิจอิรวดี-เจ้าพระยา-แม่โขงระหว่างกัมพูชา ลาว เมียนมาร์ ไทยและเวียดนาม (Ayeyawady-Chao Phraya-Mekong Economic Cooperation Strategy – ACMECS) แผนงานการพัฒนาเขตเศรษฐกิจ 3 ฝ่าย อินโดนีเซีย-มาเลเซีย-ไทย (Indonesia-Malaysia-Thailand Growth Triangle – IMT-GT) หรือกรอบความร่วมมือแห่งอ่าวเบงกอลสำหรับความร่วมมือหลากหลายสาขาทางวิชาการและเศรษฐกิจ (Bay of Bengal Initiative on Multi-Sectoral Technical and Economic Cooperation – BIMSTEC)

3) พัฒนาและส่งเสริมให้ไทยเป็นฐานของการประกอบธุรกิจ การบริการ และการลงทุนที่โดดเด่นในภูมิภาค เพื่อดึงดูดเงินลงทุนโดยตรงจากต่างประเทศหรือ FDI

4) ส่งเสริมการลงทุนไทยในต่างประเทศของผู้ประกอบการไทย

5) เปิดประตูการค้าและพัฒนาความร่วมมือกับประเทศเพื่อนบ้านในลักษณะหุ้นส่วนทางยุทธศาสตร์ทั้งในระดับอนุภูมิภาคและภูมิภาคที่มีความเสมอภาคกัน

6) สร้างความเป็นหุ้นส่วนการพัฒนาประเทศในอนุภูมิภาค ภูมิภาค และนานาชาติ

7) เข้าร่วมเป็นภาคีความร่วมมือระหว่างประเทศโดยมีบทบาทที่สร้างสรรค์

8) ส่งเสริมความร่วมมือกับภูมิภาคและนานาชาติในการสร้างความมั่นคงในทุกด้านที่เกี่ยวข้องเรื่องความอยู่ดีมีสุขของประชาชน

9) บูรณาการภารกิจด้านความร่วมมือระหว่างประเทศและด้านการต่างประเทศ

<sup>35</sup> สำนักงานคณะกรรมการพัฒนาการเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ (2560). “สรุปสาระสำคัญแผนพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติฉบับที่สิบสอง พ.ศ. 2560 - 2564” สำนักนายกรัฐมนตรี

#### 10) ส่งเสริมให้เกิดการปรับตัวภายในประเทศที่สำคัญ

ยิ่งไปกว่านั้น ในส่วนของการส่งเสริมการลงทุนในต่างประเทศ รัฐได้ให้ความสำคัญกับการพัฒนาผู้ประกอบการให้สามารถพัฒนาธุรกิจร่วมกับประเทศเพื่อนบ้าน พัฒนาทรัพยากรมนุษย์ เทคโนโลยีและนวัตกรรม พัฒนาสภาพแวดล้อมทางธุรกิจ และการสนับสนุนการดำเนินงานของสภาธุรกิจภายใต้กรอบความร่วมมือต่าง ๆ รวมถึงสนับสนุนแหล่งเงินทุนและแหล่งข้อมูลเชิงลึกเกี่ยวกับฐานการผลิตในต่างประเทศอีกด้วย

กล่าวโดยสรุป ตั้งแต่รัฐบาลไทยได้มีการเปลี่ยนแปลงนโยบายจากการผลิตเพื่อทดแทนการนำเข้ามาเป็นการผลิตเพื่อการส่งออก ได้ส่งผลให้มีเงินลงทุนโดยตรงต่างประเทศหรือ FDI ไหลเข้าประเทศเป็นจำนวนมาก ซึ่งเป็นผลมาจากการที่รัฐได้มีมาตรการในด้านต่าง ๆ ในการส่งเสริม FDI โดยดึงดูดผู้ลงทุนต่างชาติให้เข้ามาลงทุนในประเทศไทยอย่างต่อเนื่องเป็นเวลากว่า 5 ทศวรรษ อาทิ การเปิดเสรีและไม่เลือกปฏิบัติต่อคนไทยและผู้ลงทุนต่างชาติ การให้สิทธิประโยชน์ส่งเสริมการลงทุนในด้านต่าง ๆ การให้หลักประกันและคุ้มครองผู้ลงทุน หรือการจัดตั้งคณะกรรมการส่งเสริมการลงทุนหรือ BOI ตามพระราชบัญญัติส่งเสริมการลงทุน พ.ศ. 2520 เพื่อเพิ่มขีดความสามารถในการแข่งขันและอำนวยความสะดวกด้านการลงทุน และสนับสนุนการทำธุรกิจในประเทศไทย เป็นต้น ทั้งนี้ เป็นเพราะรัฐเห็นว่า FDI มีความสำคัญอย่างมากต่อการเจริญเติบโตของเศรษฐกิจไทย เพราะได้ช่วยกระตุ้นให้เกิดการลงทุนภายในประเทศ เพิ่มการลงทุนทางด้านการศึกษาและพัฒนา ส่งเสริมให้เกิดการจ้างงาน และก่อให้เกิดการถ่ายทอดเทคโนโลยีใหม่ ๆ จากประเทศผู้มาลงทุน

#### 4.2 กฎหมายส่งเสริมการลงทุนไทยตามพระราชบัญญัติส่งเสริมการลงทุน พ.ศ. 2520

ประเทศไทยมีกฎหมายส่งเสริมการลงทุนฉบับแรกคือ พระราชบัญญัติส่งเสริมอุตสาหกรรม พ.ศ. 2497 โดยในสมัยนั้น รัฐได้มีนโยบายเน้นการลงทุนการผลิตเพื่อทดแทนการนำเข้ามากกว่าเน้นการลงทุนในด้านอื่น ๆ กฎหมายฉบับนี้จึงมุ่งเน้นไปที่การกำกับควบคุมมากกว่าส่งเสริมการลงทุน ต่อมาได้มีการยกเลิกพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวในปี พ.ศ. 2501 และใช้ประกาศของคณะปฏิวัติฉบับที่ 33 ลงวันที่ 5 ธันวาคม พ.ศ. 2501 เป็นกฎหมายส่งเสริมการลงทุนแทน และได้มีการปรับปรุง แก้ไข รวมถึงยกเลิกอีกหลายครั้งในเวลาต่อมา อาทิ

- ในปี พ.ศ. 2503 ได้มีการตราพระราชบัญญัติส่งเสริมการลงทุนเพื่ออุตสาหกรรม พ.ศ. 2503 และได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมในปี พ.ศ. 2505

- ในปี พ.ศ. 2508 มีการตราพระราชบัญญัติส่งเสริมการลงทุน และได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมในปี พ.ศ. 2511

- ในปี พ.ศ. 2515 ได้มีประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 227 ลงวันที่ 18 ตุลาคม พ.ศ. 2515

- ในปี พ.ศ. 2520 ได้มีการตราพระราชบัญญัติส่งเสริมการลงทุน พ.ศ. 2520 และได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมอีก 3 ครั้ง คือในปี พ.ศ. 2534 ปี พ.ศ. 2544 และปี พ.ศ. 2560 โดยมีผลใช้บังคับจนถึงปัจจุบัน

แท้จริงแล้ว ประเทศไทยได้เริ่มมีนโยบายเกี่ยวกับการลงทุนที่ค่อนข้างเอื้อต่อการลงทุนโดยตรงจากต่างประเทศในช่วงหลังจากที่มีการตราพระราชบัญญัติส่งเสริมการลงทุนในปี พ.ศ. 2508 โดยภาครัฐมีนโยบายเปิดเสรีและไม่เลือกปฏิบัติต่อคนไทยและผู้ลงทุนต่างชาติ อาทิ มีการอนุญาตให้ผู้ลงทุนต่างชาติเข้ามาประกอบกิจการได้เกือบทุกชนิด ยกเว้นโครงการลงทุนในกิจการเกษตรกรรม การเลี้ยงสัตว์ การประมง การสำรวจและการทำเหมืองแร่ที่จะต้องให้ผู้มีสัญชาติไทยถือหุ้นรวมกันไม่น้อย

กว่าร้อยละ 51 ของทุนจดทะเบียน ในขณะที่โครงการการลงทุนในกิจการอุตสาหกรรมอนุญาตให้ต่างชาติถือหุ้นข้างมาก หรือถือหุ้นทั้งหมดได้ไม่ว่าตั้งในเขตใด อีกทั้ง ผู้ลงทุนยังสามารถเคลื่อนย้ายผลตอบแทนได้อย่างเสรีอีกด้วย นอกจากนี้ รัฐบาลยังได้มีการจัดตั้งคณะกรรมการส่งเสริมการลงทุน (Board of Investment – BOI) สังกัดกระทรวงอุตสาหกรรมขึ้นในปี พ.ศ. 2509 เพื่อเพิ่มความสามารถในการแข่งขันและอำนวยความสะดวกด้านการลงทุน และสนับสนุนการทำธุรกิจในประเทศไทย

ในหัวข้อนี้ ผู้เขียนจะเน้นศึกษาถึงกฎหมายส่งเสริมการลงทุนไทยตามพระราชบัญญัติส่งเสริมการลงทุน พ.ศ. 2520 โดยเหตุผลที่รัฐประกาศใช้พระราชบัญญัติฉบับนี้ เนื่องจากสภาพและความต้องการทางเศรษฐกิจและสังคมของประเทศได้เปลี่ยนแปลงไป ทำให้การดำเนินงานส่งเสริมการลงทุนตามกฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมการลงทุนเดิม ไม่สามารถสนองความต้องการของประเทศในด้านการเร่งรัดการลงทุนเพื่อประโยชน์ในการสร้างงาน การเพิ่มรายได้ และการกระจายรายได้ให้แก่ประชาชนได้ดีพอ จึงมีความจำเป็นต้องปรับปรุงกฎหมายใหม่ เพื่อให้ความมั่นใจแก่ผู้ลงทุน โดยการกำหนดระบบการให้สิทธิประโยชน์ที่เหมาะสมสำหรับการจูงใจให้มีการลงทุนในกิจการที่รัฐให้ความสำคัญและประสงค์จะส่งเสริม ให้มีการคุ้มครองกิจการที่รัฐให้การส่งเสริมที่ทันต่อเหตุการณ์และให้มีกลไกการบริหารงานที่สามารถอำนวยความสะดวกและจัดอุปสรรคในการลงทุน โดยกฎหมายฉบับนี้ มีสาระสำคัญโดยสังเขปดังต่อไปนี้

### (1) เรื่องการขอรับการส่งเสริมและการให้การส่งเสริมการลงทุน

พระราชบัญญัติส่งเสริมการลงทุน พ.ศ. 2520 ให้อำนาจคณะกรรมการส่งเสริมการลงทุน กำหนดประเภทและขนาดกิจการที่จะให้การส่งเสริมตามกรอบระยะเวลาที่เหมาะสม โดยกิจการที่ส่งเสริมจะต้องเป็นกิจการที่มีประโยชน์ต่อเศรษฐกิจและสังคม การส่งออก การใช้ทุน แรงงาน และวัตถุดิบภายในประเทศ

### (2) เรื่องสิทธิประโยชน์

ผู้ได้รับการส่งเสริมจะได้รับความยืดหยุ่นและความสะดวกมากขึ้น ในการนำเข้าคนต่างด้าวมาทำงานเป็นช่างฝีมือและผู้ชำนาญการ รวมถึงผู้ลงทุนต่างชาติจะได้รับอนุญาตให้ถือกรรมสิทธิ์ในที่ดินเพื่อประกอบกิจการได้ตามที่คณะกรรมการฯ เห็นชอบ อีกทั้ง รัฐบาลได้ให้สิทธิประโยชน์ทางภาษีอากร เช่น การลดหย่อนหรือยกเว้นอากรขาเข้าวัตถุดิบและเครื่องจักร ภาษีเงินได้นิติบุคคล และการหักค่าใช้จ่ายรายการต่าง ๆ เพื่อประโยชน์ในการลดภาระภาษีที่ต้องเสีย รวมถึงอนุญาตให้นำเข้าและส่งออกเงินตราต่างประเทศและผลกำไรกลับไปยังต่างประเทศได้

### (3) เรื่องหลักประกันและการคุ้มครอง

รัฐบาลให้หลักประกันแก่ผู้ลงทุนต่างชาติที่ได้รับการส่งเสริมการลงทุนว่าจะไม่โอนกิจการของผู้ได้รับการส่งเสริมมาเป็นของรัฐ รัฐจะไม่ทำกิจการขึ้นมาแข่งกับผู้ได้รับการส่งออก และรัฐจะไม่ควบคุมราคาขายสินค้าที่ผู้ได้รับการส่งเสริมผลิตขึ้นยกเว้นกรณีจำเป็น

อย่างไรก็ดี ดังที่ได้กล่าวในตอนต้นว่า พระราชบัญญัติส่งเสริมการลงทุน พ.ศ. 2520 ได้มีการปรับปรุงพัฒนาหลายครั้งในช่วงหลายทศวรรษที่ผ่านมา และได้มีการออกประกาศฉบับต่าง ๆ มาบังคับใช้สำหรับการลงทุนจากต่างประเทศเข้ามาในประเทศไทย และการลงทุนของประเทศไทยออกไปต่างประเทศ ทั้งในเรื่องของนโยบาย หลักการ วิธีการ และเงื่อนไขในการให้การส่งเสริมการลงทุน เพื่อให้เหมาะสมกับยุคสมัยที่เปลี่ยนแปลงไปและเป็นการดึงดูดผู้ลงทุนต่างประเทศให้เข้ามาลงทุนในประเทศไทยมากขึ้น อีกทั้ง มีการตั้งสำนักงานคณะกรรมการส่งเสริมการลงทุนขึ้นมาเพื่อเป็น



ผู้รับผิดชอบกำหนดนโยบายส่งเสริมการลงทุน โดยการปรับปรุงครั้งล่าสุดเป็นไปตามพระราชบัญญัติส่งเสริมการลงทุน (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2560 มีวัตถุประสงค์หลักเพื่อให้มีการสร้างเครื่องมือใหม่ ๆ มาเพิ่มศักยภาพในการดึงดูดผู้ลงทุนให้มากยิ่งขึ้น รวมถึงการปรับปรุงกฎหมายบางส่วนที่ไม่เอื้อต่อการปฏิบัติงานในด้านการส่งเสริมการลงทุน ตลอดจนเสนอให้มีการแก้ไขบทบัญญัติบางประการที่มีการกำหนดเงื่อนไขที่ขัดแย้งกับพันธกรณีระหว่างประเทศ โดยมีผลบังคับใช้เมื่อวันที่ 25 มกราคม พ.ศ. 2560 ซึ่งมีสาระสำคัญดังต่อไปนี้<sup>36</sup>

(1) การยกเว้นภาษีเงินได้นิติบุคคลไม่เกิน 13 ปี สำหรับกิจการที่ใช้เทคโนโลยีและนวัตกรรมขั้นสูงและกิจการวิจัยและพัฒนาตามที่คณะกรรมการประกาศกำหนด จากเดิมที่กฎหมายเคยกำหนดให้ได้รับการยกเว้นสูงสุดไม่เกิน 8 ปี

(2) การลดหย่อนภาษีเงินได้นิติบุคคลในอัตราไม่เกินร้อยละ 50 ของอัตรากปกติ เป็นระยะเวลาไม่เกิน 10 ปี สำหรับกิจการที่ไม่ได้รับการยกเว้นภาษีเงินได้นิติบุคคล

(3) การให้สิทธิแก่ผู้ได้รับการส่งเสริมฯ ซึ่งไม่ได้รับยกเว้นหรือลดหย่อนภาษีเงินได้นิติบุคคลให้สามารถนำเงินที่ใช้ไปในการลงทุนในกิจการที่ได้รับการส่งเสริมไม่เกินร้อยละ 70 มาหักออกจากกำไรสุทธิภายใน 10 ปี (Investment Tax Allowance: ITA)

(4) การยกเว้นอากรขาเข้าสำหรับของผู้ที่ได้รับการส่งเสริมฯ นำเข้ามาเพื่อใช้ในการวิจัยและพัฒนา รวมถึงการทดสอบที่เกี่ยวข้อง

(5) การแก้ไขให้คณะกรรมการส่งเสริมการลงทุนที่ปฏิบัติหน้าที่ครบวาระสองปีแล้ว สามารถปฏิบัติหน้าที่ต่อไปจนกว่าจะมีกรรมการหรือที่ปรึกษาใหม่เข้ารับหน้าที่ ทั้งนี้ เพื่อให้การปฏิบัติงานเป็นไปอย่างต่อเนื่อง ไม่กระทบต่อการส่งเสริมการลงทุน (เนื่องจากที่ผ่านมาประเทศไทยมีการเปลี่ยนแปลงทางการเมืองบ่อยครั้ง ซึ่งอาจทำให้เกิดช่วงสุญญากาศ หากตรงกับจังหวะที่คณะกรรมการส่งเสริมการลงทุนครบวาระสองปีพอดี)

(6) การแก้ไขบทบัญญัติให้สอดคล้องกับความตกลงขององค์การการค้าโลก (World Trade Organization – WTO) ได้แก่

- ยกเลิกการส่งเสริมกิจการผลิตเพื่อส่งออกไปจำหน่ายต่างประเทศ
- ยกเลิกเงื่อนไขที่ผู้ได้รับการส่งเสริมฯ ต้องปฏิบัติในเรื่องปริมาณวัตถุดิบภายในประเทศที่จะต้องใช้และการส่งออกซึ่งผลิตภัณฑ์ หรือผลิตภัณฑ์ผลิตหรือประกอบ
- ยกเลิกสิทธิและประโยชน์ของผู้ได้รับการส่งเสริมฯ กรณีการอนุญาตให้หักเงินได้พึงประเมินในการเสียภาษีเงินได้นิติบุคคลจากการส่งออกซึ่งผลิตภัณฑ์ หรือผลิตภัณฑ์ผู้ได้รับการส่งเสริมฯ ผลิตหรือประกอบ

อย่างไรก็ดี แม้จะมีการยกเลิกการกำหนดเงื่อนไขในบัตรส่งเสริมฯ แต่การพิจารณาให้การส่งเสริมการลงทุนจะยังคงคำนึงถึงผลประโยชน์ต่อประเทศโดยรวมเป็นหลัก

(7) การกำหนดให้บุคคลภายนอกดำเนินการประเมินผลการส่งเสริมการลงทุน และเปิดเผยรายงานให้ประชาชนทราบ

กล่าวโดยสรุป ในการได้รับการส่งเสริมการลงทุน พระราชบัญญัติส่งเสริมการลงทุน (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2560 กำหนดให้ผู้ขอรับการส่งเสริมการลงทุนต้องปฏิบัติตามเงื่อนไขของคณะกรรมการ

<sup>36</sup> คณะทำงานวารสารส่งเสริมการลงทุน (2560). “เสริมศักยภาพดึงดูดการลงทุนด้วยกฎหมายใหม่ปีโอไอ” สำนักงานคณะกรรมการส่งเสริมการลงทุน

ส่งเสริมการลงทุนที่ระบุในบัตรส่งเสริมการลงทุน และต้องรายงานผลการดำเนินงานของโครงการต่อสำนักงาน เพื่อให้สำนักงานได้มีการตรวจสอบก่อนการพิจารณาอนุญาตให้ใช้สิทธิและประโยชน์การยกเว้นภาษีเงินได้นิติบุคคลในปีนั้น ๆ ตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่สำนักงานกำหนด โดยประเภทของสิทธิประโยชน์สรุปได้ดังข้อมูลที่แสดงในตารางที่ 5 ดังนี้<sup>37</sup>

**ตารางที่ 5 สิทธิประโยชน์ตามพระราชบัญญัติส่งเสริมการลงทุน**

สิทธิประโยชน์ทางภาษีอากร	สิทธิประโยชน์ที่ไม่เกี่ยวกับภาษีอากร
<ul style="list-style-type: none"> <li>ยกเว้น/ลดหย่อนอากรขาเข้าสำหรับเครื่องจักร (มาตรา 28/29)</li> <li>ลดหย่อนอากรขาเข้าสำหรับวัตถุดิบหรือวัสดุจำเป็น (มาตรา 30)</li> <li>ยกเว้นอากรขาเข้าสำหรับของที่นำเข้ามาเพื่อใช้ในการวิจัยและ พัฒนา (มาตรา 30/1)</li> <li>ยกเว้นภาษีเงินได้นิติบุคคลและเงินปันผล (มาตรา 31 และ 34)</li> <li>ลดหย่อนภาษีเงินได้นิติบุคคลร้อยละ 50 [มาตรา 35 (1)]</li> <li>ให้หักค่าขนส่ง ค่าไฟฟ้าและค่าน้ำประปาเป็นสองเท่า [มาตรา 35 (2)]</li> <li>ให้หักค่าติดตั้งหรือก่อสร้างสิ่งอำนวยความสะดวกเพิ่มขึ้น ร้อยละ 25 [มาตรา 35 (3)]</li> <li>ยกเว้นอากรขาเข้าวัตถุดิบหรือวัสดุจำเป็นสำหรับการผลิตเพื่อการส่งออก (มาตรา 36)</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>อนุญาตให้นำคนต่างด้าวเข้ามาเพื่อศึกษาสู่ทางการลงทุน (มาตรา 24)</li> <li>อนุญาตให้นำช่างฝีมือและผู้ชำนาญการเข้ามาทำงานในกิจการที่ได้รับการส่งเสริมการลงทุน (มาตรา 25 และ 26)</li> <li>อนุญาตให้ถือกรรมสิทธิ์ที่ดิน (มาตรา 27)</li> <li>อนุญาตให้ส่งออกซึ่งเงินตราต่างประเทศ (มาตรา 37)</li> </ul>

เมื่อพิจารณาถึงสาระสำคัญของกฎหมายส่งเสริมการลงทุนไทยตามพระราชบัญญัติส่งเสริมการลงทุน พ.ศ. 2520 ดังที่ได้กล่าวมาแล้วนั้น จะเห็นได้ว่ารัฐบาลไทยได้ให้ความสำคัญต่อการส่งเสริมการลงทุนเป็นอย่างมาก โดยให้สิทธิประโยชน์ต่าง ๆ นานา ทั้งในด้านภาษีอากร อาทิ การลดหย่อนหรือยกเว้นอากรขาเข้า การยกเว้นภาษีเงินได้นิติบุคคลและเงินปันผล หรือการให้หักค่าใช้จ่ายรายการอื่น ๆ เพื่อลดภาระภาษีที่ต้องเสีย และที่ไม่เกี่ยวกับภาษีอากร อาทิ การอนุญาตให้ถือกรรมสิทธิ์ที่ดิน (แม้เป็นคนต่างด้าวก็สามารถถือกรรมสิทธิ์ที่ดินได้ เพียงแต่มีเงื่อนไขว่าต้องขายที่ดินภายใน 1 ปีนับจากวันที่เลิกหรือโอนกิจการ) การอนุญาตให้ส่งออกเงินตราต่างประเทศ หรือการอนุญาตให้นำคนต่างด้าวเข้ามาเพื่อศึกษาสู่ทางการลงทุน ในขณะที่ในเรื่องการคุ้มครองผู้ลงทุนนั้น ผู้เขียนเห็นว่ายังไม่มี การบัญญัติถ้อยคำที่ชัดเจนอย่างเช่นในเรื่องหลักปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียมหรือ FET ดังที่

<sup>37</sup> คณะผู้จัดทำคู่มือการขอรับการส่งเสริมการลงทุน (2560). “สิทธิประโยชน์ตามพระราชบัญญัติส่งเสริมการลงทุน” สำนักงานคณะกรรมการส่งเสริมการลงทุน

ปรากฏในกฎหมายการลงทุนของเมียนมาร์ โดยเฉพาะอย่างยิ่งหากพิจารณาจากมาตรา 51<sup>38</sup> ของพระราชบัญญัติส่งเสริมการลงทุน พ.ศ. 2520 จะเห็นว่าไม่มีการกำหนดหลักเกณฑ์ที่แน่ชัดหรือกรอบในการใช้ดุลยพินิจในการพิจารณาปัญหาหรืออุปสรรคของผู้ได้รับการส่งเสริมการลงทุน อีกทั้งยังให้อำนาจสิทธิขาดแก่ประธานคณะกรรมการส่งเสริมการลงทุน ซึ่งก็คือนายกรัฐมนตรี แต่เพียงผู้เดียวในการสั่งการในกรณีที่ผู้ได้รับการส่งเสริมฯ ร้องเรียนต่อคณะกรรมการฯ แม้จะมีการกำหนดในมาตรา 53<sup>39</sup> ว่าให้ส่วนราชการ องค์กรของรัฐบาล หรือรัฐวิสาหกิจใดที่ไม่เห็นด้วยกับคำสั่งของประธานกรรมการฯ สามารถเสนอเรื่องแย้งได้ภายใน 15 วันนับจากวันที่ได้รับคำสั่ง แต่สิทธิขาดในการตัดสินใจยังคงเป็นของประธานกรรมการฯ ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าข้อกฎหมายดังกล่าวขาดความโปร่งใส ชัดเจน และแน่นอน และอาจทำให้ผู้ลงทุนต่างชาติที่จะเข้ามาลงทุนตามสิทธิของ BOI ขาดความเชื่อมั่นต่อประเทศไทยได้ ด้วยเหตุนี้ หากมีการปรับปรุงกฎหมายมาตรานี้โดยกระจายอำนาจการจัดการ อาทิให้มีการแต่งตั้งกรรมการอิสระเข้ามามีส่วนร่วมในการตัดสินใจ และให้มีการจัดทำรายงานการประชุมคณะกรรมการเพื่อเปิดเผยต่อสาธารณชน รวมถึงกำหนดกรอบในการใช้ดุลยพินิจของประธานคณะกรรมการฯ ให้มีความชัดเจนขึ้น โดยเฉพาะอย่างยิ่งหากมีการนำหลัก FET มาบัญญัติไว้ในกฎหมายเพื่อเป็นกรอบในการใช้ดุลยพินิจของประธานคณะกรรมการฯ ผู้เขียนเชื่อว่าจะเป็นการเพิ่มความเชื่อมั่นของผู้ลงทุนต่างชาติที่มีต่อการลงทุนในประเทศไทยได้มากยิ่งขึ้น

#### 4.3 ข้อมูลจากการสัมภาษณ์ผู้เชี่ยวชาญในเรื่องหลัก FET และการนำมาใช้ในกฎหมายส่งเสริมการลงทุน

ผู้เขียนได้สัมภาษณ์ผู้เชี่ยวชาญจากทั้งหมด 3 ภาคส่วน ได้แก่ 1) ผู้เชี่ยวชาญจากสำนักงานคณะกรรมการส่งเสริมการลงทุน 2) ผู้เชี่ยวชาญจากกระทรวงการต่างประเทศ และ 3) นักธุรกิจไทยที่ลงทุนในเมียนมาร์ เพื่อให้ได้ความเห็นที่หลากหลายและครบถ้วนในการตอบสมมติฐานการศึกษาของเอกัตศึกษาฉบับนี้ที่ว่า ประเทศไทยควรกำหนดหลักปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียมหรือ FET ไว้ในกฎหมายส่งเสริมการลงทุนเพื่อให้เท่าเทียม หรือดีกว่ากฎหมายการลงทุนของเมียนมาร์ในเรื่องนี้ เพื่อลดการสูญเสียเงินลงทุนโดยตรงจากต่างประเทศหรือ FDI โดยมีรายละเอียดจากการสัมภาษณ์ดังต่อไปนี้

<sup>38</sup> มาตรา 51 พระราชบัญญัติส่งเสริมการลงทุน พ.ศ. 2520 บัญญัติไว้ว่า:

ในกรณีที่ผู้ได้รับการส่งเสริมประสบปัญหาหรืออุปสรรคในการดำเนินกิจการที่ได้รับการส่งเสริมและร้องเรียนให้คณะกรรมการช่วยเหลือ ให้ประธานกรรมการมีอำนาจสั่งให้ความช่วยเหลือไปตามความเหมาะสม หรือสั่งให้ส่วนราชการ องค์กรของรัฐบาล หรือรัฐวิสาหกิจที่เกี่ยวข้องดำเนินการช่วยเหลือต่อไปโดยมิชักช้า

<sup>39</sup> มาตรา 53 พระราชบัญญัติส่งเสริมการลงทุน พ.ศ. 2520 บัญญัติไว้ว่า:

ส่วนราชการ องค์กรของรัฐบาล หรือรัฐวิสาหกิจได้รับคำสั่งจากประธานกรรมการตามมาตรา 51 หรือมาตรา 52 ต้องพิจารณาดำเนินการช่วยเหลือหรือแก้ไขให้เป็นไปตามคำสั่งดังกล่าว ถ้าเห็นว่าไม่อาจปฏิบัติตามได้ให้รายงานประธานกรรมการทราบพร้อมด้วยเหตุผลภายในสิบห้าวันนับแต่วันได้รับคำสั่ง

ในกรณีที่ได้รับรายงานเหตุผลตามวรรคหนึ่ง ถ้าประธานกรรมการพิจารณาเห็นควรดำเนินการประการใดให้ถือเป็นที่สุด และให้ส่วนราชการ องค์กรของรัฐบาล หรือรัฐวิสาหกิจที่เกี่ยวข้องปฏิบัติตามนั้นโดยมิชักช้า

### 4.3.1 ผู้เชี่ยวชาญจากสำนักงานคณะกรรมการส่งเสริมการลงทุน (BOI)

ผู้เขียนได้รับความกรุณาจาก คุณพัฒนา อึ้งพานิช นักวิชาการส่งเสริมการลงทุน สำนักงานคณะกรรมการส่งเสริมการลงทุน ในการให้สัมภาษณ์เมื่อวันที่ 29 มกราคม พ.ศ. 2561 ซึ่งท่านเป็นผู้เชี่ยวชาญและมีประสบการณ์การทำงานด้านการส่งเสริมการลงทุนในกลุ่มประเทศ CLMVT (Cambodia, Laos, Myanmar, Vietnam and Thailand) มาอย่างยาวนาน อีกทั้ง ยังมีประสบการณ์ในการลงทุนจริงที่ประเทศเมียนมาร์ โดยมีเนื้อหาจากการสัมภาษณ์ ดังนี้

#### (1) กฎหมายไทยให้ความคุ้มครองผู้ลงทุนต่างชาติอย่างเพียงพอแล้ว

คุณพัฒนาเห็นว่า กฎหมายส่งเสริมการลงทุนไทยในปัจจุบันให้ความคุ้มครองผู้ลงทุนต่างชาติครอบคลุมและเพียงพออยู่แล้วตามมาตรา 51 ของพระราชบัญญัติส่งเสริมการลงทุน พ.ศ. 2520 หมวด 5 ในเรื่องหลักประกันและความคุ้มครอง ที่วางหลักไว้ว่า ในกรณีที่ผู้ได้รับการส่งเสริมประสบปัญหาหรืออุปสรรคในการดำเนินกิจการที่ได้รับการส่งเสริมและร้องเรียนให้คณะกรรมการช่วยเหลือให้ประธานกรรมการ (ซึ่งก็คือนายกรัฐมนตรี) มีอำนาจสั่งให้ความช่วยเหลือไปตามความเหมาะสมหรือสั่งให้ส่วนราชการ องค์กรของรัฐบาล หรือรัฐวิสาหกิจที่เกี่ยวข้องดำเนินการช่วยเหลือโดยทันที โดยไม่มีความจำเป็นต้องเขียนลงในรายละเอียดเหมือนกับกรณีของกฎหมายการลงทุนเมียนมาร์ที่บัญญัติเรื่องหลักปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียมหรือ FET ในหมวดที่ 11 เรื่องการปฏิบัติต่อผู้ลงทุน (Treatment of Investors) ในเรื่องสิทธิในการได้ข้อมูล หรือสิทธิในการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรมที่ถูกต้องและสิทธิในการอุทธรณ์ โดยในกรณีเรื่องสิทธิการได้ข้อมูล คุณพัฒนา ได้ยกตัวอย่างว่ากฎหมายไทยมีหลักอยู่แล้วว่าหากผู้ลงทุนไปขอข้อมูลที่ส่วนราชการใดแล้วเจ้าหน้าที่ส่วนราชการนั้นไม่อำนวยความสะดวกให้ ถือว่าเจ้าหน้าที่ละเลยต่อการปฏิบัติหน้าที่และมีความผิด แต่หากจะมีการบัญญัติ FET เพิ่มไปในกฎหมายส่งเสริมการลงทุนไทยจริง ก็เห็นว่าเป็นประโยชน์ เพราะช่วยทำให้กฎหมายมีความชัดเจนมากขึ้น เพียงแต่อาจไม่ได้ดีขึ้นอย่างมีนัยสำคัญ

#### (2) ปัญหาที่เกิดขึ้นมาจากการบังคับใช้กฎหมาย

อย่างไรก็ดี คุณพัฒนาได้ตั้งข้อสังเกตไว้ว่า แม้ประเทศไทยจะมีข้อกฎหมายตามมาตรา 51 ดังกล่าวที่เห็นว่าครอบคลุมในเรื่องการคุ้มครองผู้ลงทุนต่างชาติแล้ว แต่รัฐบาลในปัจจุบันกลับอาศัยอำนาจตามมาตรา 44<sup>40</sup> ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พ.ศ. 2557 ซึ่งเป็นทางลัดในการแก้ปัญหาอยู่บ่อยครั้ง ดังเช่นในกรณีการสั่งปิดเหมืองทองคำอัคราเมื่อปี พ.ศ. 2560 ที่ได้ส่งผลกระทบอย่างมากต่อความเชื่อมั่นของผู้ลงทุนต่างชาติ เพราะคำสั่งดังกล่าวไม่ได้มีกระบวนการขั้นตอน ปรากฏอย่างเปิดเผยและโปร่งใส ในขณะที่การให้เหตุผลในคำสั่งก็เป็นการให้เหตุผลเพียง

<sup>40</sup> มาตรา 44 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พ.ศ. 2557 บัญญัติไว้ว่า:

ในกรณีที่หัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติเห็นเป็นการจำเป็นเพื่อประโยชน์ในการปฏิรูปในด้านต่าง ๆ การส่งเสริมความสามัคคีและความสมานฉันท์ของประชาชนในชาติ หรือเพื่อป้องกัน ระวัง หรือปราบปรามการกระทำอันเป็นการบ่อนทำลายความสงบเรียบร้อย หรือความมั่นคงของชาติ ราชบัลลังก์ เศรษฐกิจของประเทศ หรือราชการแผ่นดิน ไม่ว่าจะเกิดขึ้นภายในหรือภายนอกราชอาณาจักร ให้หัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติโดยความเห็นชอบของคณะรักษาความสงบแห่งชาติมีอำนาจสั่งการ ระเบียบข้อบังคับ หรือกระทำการใด ๆ ได้ ไม่ว่าจะการกระทำนั้นจะมีผลบังคับในทางนิติบัญญัติ ในทางบริหาร หรือในทางตุลาการ และให้ถือว่าคำสั่งหรือการกระทำ รวมทั้งการปฏิบัติตามคำสั่งดังกล่าว เป็นคำสั่งหรือการกระทำหรือการปฏิบัติที่ชอบด้วยกฎหมายและรัฐธรรมนูญนี้ และเป็นที่สุด ทั้งนี้ เมื่อได้ดำเนินการดังกล่าวแล้ว ให้รายงานประธานสภานิติบัญญัติแห่งชาติและนายกรัฐมนตรีทราบโดยเร็ว

สั้น ๆ ไม่ได้มีการแนบหรืออ้างหลักฐานทางวิชาการไว้ จนนำมาสู่การฟ้องร้องในชั้นอนุญาโตตุลาการ ในเวลาต่อมา หรือในกรณีปัญหาความไม่สอดคล้องกันของข้อกำหนดระหว่างหน่วยงานราชการ ด้วยกันเอง ดังเช่นประเด็นข้อขัดแย้งในวิธีการคำนวณภาษีระหว่างสำนักงานคณะกรรมการส่งเสริมการลงทุนหรือ BOI กับกรมสรรพากรเมื่อปี พ.ศ. 2559 ที่ทำให้บริษัทมินิแบของญี่ปุ่น ที่คำนวณภาษีตามแบบกฎเกณฑ์ของ BOI ต้องแพ้คดีในชั้นศาลฎีกา ที่ยึดหลักการคำนวณภาษีของกรมสรรพากร ก็เป็นเรื่องที่กระทบกับความเชื่อมั่นของผู้ลงทุนอย่างมากเช่นกัน แม้ในภายหลังรัฐบาลจะได้มีการใช้อำนาจพิเศษตามมาตรา 44 ในการขยายกำหนดเวลาการยื่นรายการชำระภาษีให้ก็ตาม แต่นั่นเป็นเพียงการแก้ปัญหาในระยะสั้น คุณพัฒนา จึงได้กังวลว่าหากเมียนมาร์ (ซึ่งมีข้อได้เปรียบไทยเพราะยังไม่ได้เกิดกรณีปัญหาดังกล่าวและเพิ่งเปิดประเทศได้ไม่นาน) ผู้ลงทุนต่างชาติย่อมให้ความสนใจ) สามารถพัฒนากฎหมายการลงทุนได้อย่างต่อเนื่อง โดยทำให้ชัดเจนและสามารถปฏิบัติได้จริง รวมถึงมีการพัฒนาโครงสร้างพื้นฐาน (Infrastructure) ในเรื่องถนนหนทาง ไฟฟ้า น้ำประปา หรือแรงงาน ให้ดีขึ้น ก็อาจจะแย่งส่วนแบ่ง FDI จากไทยไปได้ในที่สุด

### (3) จุดแข็งของประเทศไทยคือการอนุญาตให้ผู้ลงทุนต่างชาติถือครองที่ดินได้

แม้จะมีประเด็นปัญหาดังกล่าว แต่คุณพัฒนายังเห็นว่าประเทศไทยมีจุดแข็งสำคัญที่เหนือกว่าประเทศเพื่อนบ้านในกลุ่ม CLMV ในเรื่องกฎหมายที่ดิน เพราะเป็นประเทศเดียวที่อำนวยความสะดวกให้ผู้ได้รับการส่งเสริมการลงทุน แม้จะเป็นต่างชาติ ให้สามารถถือครองที่ดินได้ ในขณะที่ประเทศอื่นในกลุ่ม CLMV อนุญาตเพียงให้เช่า (เช่าได้สูงสุด 99 ปี หรือหากจะซื้อต้องมีเงื่อนไขพิเศษ เช่น ในกัมพูชาเพิ่งมีการแก้กฎหมายให้ผู้ลงทุนต่างชาติซื้อที่ดินได้ แต่ต้องอยู่ภายในนิคมอุตสาหกรรมเท่านั้น) โดยมองว่าเรื่องนี้เป็นจุดแข็งเพียงข้อเดียวของไทย เพราะทำให้ผู้ลงทุนต่างชาติเมื่อซื้อที่ดินในไทยแล้ว ต้องทำธุรกิจในประเทศไทยในระยะยาว เนื่องจากได้นำเงินมาลงทุนและเป็นเจ้าของที่ดินแล้ว นอกจากนี้ ยังทำให้มีผู้ลงทุนต่างชาติบางส่วนอาศัยแนวคิดที่ว่า เมื่อได้อนุมัติ BOI แล้ว ให้รีบซื้อที่ดินในไทยโดยทันที เพราะเมื่อเวลาผ่านไปจนถึงตอนเลิก BOI แม้ธุรกิจจะขาดทุน แต่สามารถขายที่ดินได้กำไร (เนื่องจากราคาที่ดินของประเทศไทยยังไม่พ่วงนักหากเทียบกับประเทศเมียนมาร์ที่ราคาที่ดินในปัจจุบันสูงกว่าไทยหลายเท่า)

### (4) ไทยและ CLMV ควรช่วยเหลือกัน

คุณพัฒนายังได้ให้ข้อเสนอแนะที่น่าสนใจไว้ว่า หากประเทศในกลุ่ม CLMV รวมถึงไทย ไม่ได้มองกันเป็นคู่แข่ง โดยมีการประชุมร่วมกันระดับพหุภาคีเพื่อช่วยเหลือกัน หรืออาจจะตั้งเป็นศูนย์การลงทุน CLMVT เพื่อให้คำแนะนำแก่ผู้ลงทุนต่างชาติที่จะเข้ามาลงทุนในภูมิภาคนี้ว่าประเทศใดเหมาะสมกับอุตสาหกรรมแบบใด และมีการปรับปรุงกฎหมายการลงทุนของแต่ละประเทศเพื่อให้สอดคล้องกันแบบนี้ น่าจะเป็นประโยชน์สูงสุด และช่วยดึงดูดการลงทุนของภูมิภาคได้ในระยะยาว

กล่าวโดยสรุป คุณพัฒนาเห็นว่า หากมีการบัญญัติหลัก FET ลงไปในกฎหมายส่งเสริมการลงทุนไทยดังเช่นในกฎหมายการลงทุนเมียนมาร์นั้น อาจช่วยเพิ่มความเชื่อมั่นให้กับผู้ลงทุนต่างชาติได้มากขึ้น เพียงแต่จะไม่ได้มากขึ้นอย่างมีนัยสำคัญ เนื่องจากมาตรา 51 ของพระราชบัญญัติส่งเสริมการลงทุน พ.ศ. 2520 ได้ให้อำนาจนายกรัฐมนตรีนี่ซึ่งเป็นประธานกรรมการส่งเสริมการลงทุน ในเรื่องการคุ้มครองผู้ลงทุนต่างชาติอยู่แล้ว เพียงแต่มาตรานี้อาจมีจุดอ่อนเล็กน้อยตรงที่เนื้อหาค่อนข้างกว้างและใช้มานาน ดังนั้นหากสามารถทำให้ชัดเจนขึ้น โดยยกตัวอย่างเช่น ในกรณีที่มีข้อพิพาทเกิดขึ้น ให้มีการระบุให้ชัดเจนว่าไม่สามารถใช้กฎหมายพิเศษ (อาทิ มาตรา 44) ในการระงับข้อพิพาทได้ ต้องเข้ากระบวนการอนุญาโตตุลาการหรือกระบวนการปกติ เป็นต้น สิ่งเหล่านี้ น่าจะช่วยเพิ่มความเชื่อมั่น

ให้กับผู้ลงทุนต่างชาติได้มากกว่า หรือหากจะบัญญัติหลัก FET เพิ่มในกฎหมายการลงทุนดังเช่นในเมียนมาร์ก็เป็นอีกทางเลือกหนึ่งที่น่าสนใจ โดยคุณพัฒนาได้กล่าวทิ้งท้ายว่า เรื่องการคุ้มครองผู้ลงทุนเป็นปัจจัยสำคัญลำดับต้น ๆ ในการดึงดูด FDI ดังนั้นภาครัฐควรให้ความสำคัญกับข้อกำหนดในเรื่องนี้ให้มาก ในขณะที่เรื่องโครงสร้างพื้นฐาน แรงงาน สิทธิประโยชน์ สภาพแวดล้อม ฯลฯ เป็นปัจจัยที่สำคัญตามมา

#### 4.3.2 ผู้เชี่ยวชาญจากกระทรวงการต่างประเทศ

ผู้เขียนได้รับความกรุณาจากผู้เชี่ยวชาญ 2 ท่านจากกระทรวงการต่างประเทศในการให้สัมภาษณ์ (โดยสงวนนาม) เมื่อวันที่ 27 กุมภาพันธ์ พ.ศ. 2561 ท่านหนึ่งเป็นผู้เชี่ยวชาญด้านนโยบายเศรษฐกิจระหว่างประเทศ โดยเฉพาะในเรื่องความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุน (Bilateral Investment Treaties – BITs) รวมถึงมีประสบการณ์ทำงานที่กระทรวงต่างประเทศมากกว่า 10 ปี ในขณะที่อีกท่านหนึ่งเป็นผู้เชี่ยวชาญด้านสนธิสัญญาระหว่างประเทศ จบการศึกษาปริญญาเอกจากเมืองเจนีวา ประเทศสวิตเซอร์แลนด์ โดยมีความรู้ความเข้าใจในเรื่องหลัก FET เป็นอย่างดี เนื่องจากได้ทำวิทยานิพนธ์ในเรื่องเกี่ยวกับความคาดหวังที่ชอบด้วยกฎหมาย (Legitimate Expectations) ซึ่งเป็นตัวอย่างหนึ่งของการตีความหลัก FET ในระดับขั้นที่ 3 ที่ว่าด้วยเรื่องการแทนที่หรือระบุหลัก FET ให้ชัดเจนด้วยการบัญญัติไว้ในภาระหน้าที่ของรัฐอย่างครบถ้วน (Exhaustive List of State Obligations) ตามทางเลือกนโยบายในระดับต่าง ๆ (Framework for International Investment Agreements (IIAs): Policy Options) ภายใต้กรอบนโยบายการลงทุนเพื่อการพัฒนาที่ยั่งยืนขององค์การ (UNCTAD’s Investment Policy Framework for Sustainable Development – IPFSD) โดยมีเนื้อหาจากการสัมภาษณ์ ดังนี้

##### (1) กฎหมายปัจจุบันไม่ได้เน้นการคุ้มครองแต่ให้ความสำคัญกับการส่งเสริมมากกว่า

ผู้เชี่ยวชาญทั้ง 2 ท่านเห็นว่า กฎหมายส่งเสริมการลงทุนในปัจจุบันตามพระราชบัญญัติส่งเสริมการลงทุน พ.ศ. 2520 ไม่ได้เน้นในเรื่องการคุ้มครองผู้ลงทุนมากนัก เนื่องจากให้ความสำคัญกับเรื่องการส่งเสริมการลงทุนมากกว่า<sup>41</sup> เช่น ในเรื่องการให้สิทธิประโยชน์ ดังนั้นหากจะมีการเพิ่มหลัก FET ในกฎหมายฉบับนี้เพื่อคุ้มครองผู้ลงทุนต่างชาติจริงจึงเห็นว่าเป็นประโยชน์ เพียงแต่การคุ้มครองนั้นจะครอบคลุมเฉพาะผู้ลงทุนที่ได้บัตรส่งเสริม (BOI Certificate) ตามกฎหมายฉบับนี้

<sup>41</sup> ผู้ให้สัมภาษณ์ได้อธิบายถึงการลงทุนไว้ว่ามีอยู่ 3 แนวโน้มหลัก ได้แก่ 1) การเปิดเสรีการลงทุน (Globalization) ซึ่งเป็นเรื่องของนโยบาย โดยมีกรมเจรจาการค้าระหว่างประเทศ กระทรวงพาณิชย์ เป็นหน่วยงานหลักที่ดูแล และอยู่ภายใต้พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 (Foreign Business Act) 2) การส่งเสริมการลงทุน (Investment Promotion) โดยมี BOI เป็นผู้ดูแล และอยู่ภายใต้พระราชบัญญัติส่งเสริมการลงทุน พ.ศ. 2520 และ 3) เรื่องการคุ้มครองการลงทุน (Investment Protection) โดยมีกระทรวงการต่างประเทศเป็นผู้ดูแล แต่ยังไม่ได้มีกฎหมายใดบัญญัติไว้เป็นการเฉพาะ นอกจากนี้ หากพิจารณาปริมาณการลงทุนโดยตรงจากต่างประเทศ หรือ FDI ของ UNCTAD ผู้เขียนพบว่าได้จำแนกออกเป็น 5 ประเภท ได้แก่ 1) Greenfield Investment เป็นการลงทุนใหม่และนำเงินเข้ามาลงทุนจากต่างประเทศ 2) Reinvested Earnings เป็นการนำผลกำไรจากการลงทุนในประเทศนั้นเพื่อการลงทุนเพิ่ม 3) Intra-company Loans เป็นการกู้ยืมจากบริษัทแม่จากประเทศผู้ลงทุน หรือจากบริษัทในเครือนอกประเทศผู้รับการลงทุนตามกำหนดเวลาและผลตอบแทน 4) Mergers and Acquisitions เป็นการควบรวมกิจการของบริษัทต่างประเทศ และ 5) Non-equity Forms of FDI หมายถึง การได้รับสัมปทาน Subcontracting, Franchising Arrangement และ Licensing เป็นต้น

เท่านั้น ในขณะที่ผู้ที่เข้ามาลงทุนในรูปแบบอื่น อาจไม่ได้รับความคุ้มครอง เช่น การเข้ามาลงทุนโดยรูปแบบของสัญญาสัมปทาน หรือการลงทุนในเขตเศรษฐกิจพิเศษจำเพาะตามกฎหมายอีอีซี เป็นต้น

## (2) ควรร่างกฎหมายคุ้มครองการลงทุนขึ้นมาเป็นการเฉพาะ

ด้วยเหตุนี้ ผู้เชี่ยวชาญทั้ง 2 ท่านจึงเห็นว่า หากไม่ได้มีการขยายขอบเขต (Scope) ของการลงทุนตามพระราชบัญญัติส่งเสริมการลงทุน พ.ศ. 2520 ให้ครอบคลุมกับการลงทุนในรูปแบบอื่นด้วย ก็ควรมีการร่างกฎหมายระดับพระราชบัญญัติขึ้นมาใหม่สำหรับการคุ้มครองการลงทุนโดยเฉพาะ โดยบูรณาการให้ใช้ได้สำหรับการลงทุนทุกรูปแบบ โดยให้เหตุผลสนับสนุนว่า เนื่องจากไทยยอมรับพันธกรณี FET ภายใต้ BITs อยู่แล้ว ดังนั้นในแง่หลักการจึงไม่น่ามีอะไรขัดที่จะนำหลัก FET มาไว้ (Translate) ในกฎหมายภายในของไทย อีกทั้งเห็นว่าหลัก FET แม้อาจจะมีแทรกซึมบ้างแล้วในกฎหมายอื่น ๆ ของไทย อาทิ ในเรื่องการเวนคืน การโอนเงิน การเข้าถึงกระบวนการยุติธรรมต่าง ๆ แต่ยังไม่ชัดเจนและค่อนข้างกระจัดกระจายไปในหลายหน่วยงาน ไม่ได้เป็นกฎหมายฉบับเดียวที่เปิดเจอแล้วมีครบในทุกประเด็น หรือยังขาดการบูรณาการ

หากดูหลัก FET ภายใต้ BITs ของไทย จะเห็นว่าได้อ้างอิงถึงหลักจารีตประเพณีระหว่างประเทศ (Customary International Law – CIL) โดยยังไม่ได้มีการระบุชัดเจนว่าใช้หลัก FET ในเรื่องใดบ้าง เพียงแต่ศาลจะยึดถือคำพิพากษาเป็นแนวปฏิบัติ ในขณะที่หลัก FET ในกฎหมายการลงทุนของเมียนมาร์ ได้นำแนวคิดมาจากสนธิสัญญาระหว่างประเทศ (Treaty) อย่างชัดเจน เช่น ในเรื่องสิทธิในการเข้าถึงกระบวนการที่ชอบด้วยกฎหมายตามหลักศุนีติกระบวนการ (Right to Due Process of Law) หรือสิทธิในการได้ข้อมูล (Right to Obtain the Relevant Information) ซึ่งหลัก FET ตาม CIL นั้นกว้างและครอบคลุมกว่าหลัก FET ของประเทศเมียนมาร์มาก ประเด็นจึงอยู่ที่ผู้กำหนดนโยบายว่า หากมีการนำหลัก FET มาปรับใช้ในกฎหมายภายในของไทยจริง จะระบุให้ครอบคลุมในประเด็นใดบ้าง (ผู้ให้สัมภาษณ์แนะนำให้ศึกษาหลัก FET ใน EU-Vietnam Free Trade Agreement ฉบับล่าสุดปี พ.ศ. 2559) และเพื่อจุดประสงค์อะไร โดยต้องคำนึงถึงหลักการที่ว่ากฎหมายภายในจะต้องสอดคล้องกับกฎหมายระหว่างประเทศด้วย (ให้กฎหมายระหว่างประเทศเป็น Maximum) อาทิ หลักการหนึ่งที่มีปรากฏควบคู่กับหลัก FET อยู่เสมอ คือ หลักการไม่เลือกปฏิบัติ (Non-discrimination) ซึ่งเป็นหลักที่กฎหมายไทยมีอยู่แล้ว เพราะไทยได้ยอมรับในเรื่องการไม่เลือกปฏิบัติไม่ว่าจะเป็นเรื่องเพศ หรือศาสนา ดังที่ปรากฏในรัฐธรรมนูญ ดังนั้น หากจะมีการนำหลัก FET ในพันธกรณีมาบัญญัติในกฎหมายภายในจริงย่อมทำได้ เนื่องจากมีความสอดคล้องกัน แต่จะมีความจำเป็นมากน้อยแค่ไหนนั้น ผู้เชี่ยวชาญทั้ง 2 ท่านเห็นว่าขึ้นอยู่กับมุมมองว่าให้ความสำคัญกับเรื่องใดเป็นหลัก อาทิ หากมองในแง่ของการทำสนธิสัญญา เห็นว่ากฎหมายภายในที่มีอยู่นั้นเพียงพอแล้ว เนื่องจากไทยมีกฎหมายที่รองรับพันธกรณีทั้งหมดอยู่แล้ว แต่หากมองในประเด็นการใช้กฎหมายเพื่อเป็นเครื่องมือในการส่งเสริมการลงทุน กรณีนี้อาจจะจำเป็นต้องมีกฎหมายเฉพาะในเรื่องการคุ้มครองผู้ลงทุนโดยระบุหลัก FET ให้ชัดเจน เพราะเป็นการทำให้เกิดความโปร่งใส ชัดเจน แน่นนอน และสร้างความเชื่อมั่นให้กับผู้ลงทุนต่างชาติ

อีกประเด็นสำคัญที่ผู้เชี่ยวชาญทั้ง 2 ท่านให้เป็นเหตุผลในการสนับสนุนให้มีพระราชบัญญัติในการคุ้มครองการลงทุนโดยเฉพาะนั้นคือ เป็นการส่งสัญญาณเชิงบวก หรือในเชิงสัญลักษณ์ (Substance) ให้กับผู้ลงทุนต่างชาติว่าประเทศไทยพร้อม (Commitment) ที่จะให้ความคุ้มครองแก่ผู้ลงทุนต่างชาติอย่างแท้จริง (แม้ว่าในยุคปัจจุบันกฎหมายภายในอาจเปลี่ยนแปลงได้ง่ายกว่ากฎหมายระหว่างประเทศ ซึ่งอาจทำให้ผู้ลงทุนต่างชาติมั่นใจในสนธิสัญญาหรือกฎหมายระหว่างประเทศ

มากกว่ากฎหมายภายในก็ตาม) ยิ่งไปกว่านั้น ยังมีอีกทฤษฎีหนึ่งที่บอกว่า ในการตัดสินใจเข้ามาลงทุนในประเทศใดประเทศหนึ่งนั้น ผู้ลงทุนต่างชาติอาจไม่ได้ให้ความสำคัญ (Take into Consideration) กับกฎหมายระหว่างประเทศหรือ BITs มากนัก แต่จะให้ความสำคัญกับกฎหมายภายในประเทศของประเทศผู้รับการลงทุนมากกว่า ดังนั้น หากไทยมีกฎหมายที่ระบุให้ชัดเจนว่าได้ให้ความสำคัญคุ้มครองแก่ผู้ลงทุนต่างชาติในเรื่องใดบ้าง รวมทั้งหลัก FET ก็อาจเป็นหนึ่งในปัจจัยสำคัญในการดึงดูดการลงทุนจากต่างประเทศได้

### (3) หลัก FET กับหลักการพัฒนาที่ยั่งยืน

นอกจากนี้ ในประเด็นเรื่องการพัฒนาที่ยั่งยืน ผู้เชี่ยวชาญทั้ง 2 ท่านได้ให้ความเห็นว่า ไม่จำเป็นเสมอไปที่การมีหลัก FET จะทำให้ไม่เป็นไปตามหลักการพัฒนาที่ยั่งยืนของ UNCTAD (เนื่องจาก UNCTAD มองว่าการมีข้อบท FET ทำให้ประเทศผู้รับการลงทุนถูกฟ้องร้องได้ง่าย ซึ่งทำให้การดำเนินนโยบายเพื่อการพัฒนาที่ยั่งยืนเป็นไปได้ยาก) เพราะประเทศผู้รับการลงทุนสามารถส่งเสริมการลงทุนในสาขาที่เกี่ยวข้องกับการพัฒนาที่ยั่งยืนไปพร้อม ๆ กับการมีข้อบท FET ในกฎหมายคุ้มครองการลงทุนได้ เพียงแต่ต้องปรับหลักให้สมดุลและสอดคล้องไปกับนโยบายดังกล่าว ตัวอย่างเช่น BOI สามารถให้สิทธิประโยชน์แก่การลงทุนในสาขาที่ส่งเสริมการพัฒนาที่ยั่งยืนได้<sup>42</sup>

ในตอนท้ายของการสัมภาษณ์ ผู้เชี่ยวชาญทั้ง 2 ท่านได้ให้ข้อเสนอแนะเพิ่มเติมว่า หากจะมีการนำหลัก FET ของกฎหมายระหว่างประเทศมาปรับใช้ในกฎหมายภายในของไทยจริง ควรพิจารณาถึงหลักความคาดหวังที่สอดคล้องกับกฎหมายด้วยว่าจะนำมาใช้ประกอบกันหรือไม่ เนื่องจากเห็นว่าเป็นองค์ประกอบหลักของหลัก FET และเป็นเรื่องแรก ๆ ที่ผู้ลงทุนจะนึกถึงหากกล่าวถึงหลัก FET ในขณะที่เรื่องอื่น ๆ อาทิ หลักการไม่เลือกปฏิบัติ หลักศุภนิติกระบวน หรือการปฏิเสธการปฏิบัติใด ๆ ที่ทำโดยพลการ (Arbitrariness) จะเป็นเรื่องรองเพราะมีหลักการรองรับอยู่แล้ว อาทิ ในเรื่องหลักการไม่เลือกปฏิบัติ ซึ่งเป็นหลักการขั้นพื้นฐานที่มีข้อบทอื่น ๆ เป็นการเฉพาะอยู่แล้ว อย่างไรก็ตาม อาจมีคำถามตามมาว่าศาลไทยได้ยอมรับหลักความคาดหวังที่สอดคล้องกับกฎหมายหรือไม่ เพราะหลักกฎหมายปกครอง (Public Law) ของไทยอาจไม่ได้ยอมรับให้มีการคุ้มครองความคาดหวังของบุคคล (บางประเทศยอมรับ บางประเทศไม่ยอมรับ แต่เป็นหลักที่ยอมรับแล้วในกฎหมายระหว่างประเทศ) ดังนั้น หากมีการนำหลัก FET มาปรับใช้ในกฎหมายภายในของไทยจริงจะต้องพิจารณาให้รอบคอบเพื่อไม่ให้ขัดต่อหลักกฎหมายปกครอง นอกจากนี้ ประเด็นนี้ยังเป็นข้อโต้แย้งของบางประเทศว่าทำไมหลัก FET จึงได้รวมเรื่องความคาดหวังที่สอดคล้องกับกฎหมาย ทั้ง ๆ ที่กฎหมายภายในประเทศนั้นไม่ได้ยอมรับหรือยังไม่มีหลักการนี้อยู่เลย จึงทำให้เกิดปัญหาในทางทฤษฎี ซึ่งผู้เชี่ยวชาญทั้ง 2 ท่านเห็นว่าเป็นประเด็นที่น่าสนใจที่สุดและควรนำไปศึกษาต่อ

#### 4.3.3 นักธุรกิจไทยที่ลงทุนในเมียนมาร์

ผู้เขียนได้รับความกรุณาจากผู้บริหารในกลุ่มบริษัทผู้ให้บริการด้านการแพทย์และสุขภาพในการให้สัมภาษณ์ (โดยสงวนนาม) เมื่อวันที่ 13 มีนาคม พ.ศ. 2561 โดยบริษัทที่ท่านดูแลได้มีการ

<sup>42</sup> BOI ได้กำหนดนโยบายส่งเสริมการลงทุนเพื่อการพัฒนาที่ยั่งยืนไว้ในประกาศคณะกรรมการส่งเสริมการลงทุน ที่ 2/2553 โดยมุ่งเน้นความสมดุลใน 3 ด้าน คือ เศรษฐกิจ สังคม และสิ่งแวดล้อม รวมถึงได้ออก 4 มาตรการสำคัญ ได้แก่ 1) มาตรการส่งเสริมการลงทุนในอุตสาหกรรมเป้าหมาย 2) มาตรการส่งเสริมการลงทุนเพื่อการประหยัดพลังงาน การใช้พลังงานทดแทน หรือการลดผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อม 3) มาตรการส่งเสริมการลงทุนเพื่อปรับปรุงประสิทธิภาพการผลิตโดยการปรับปรุงเทคโนโลยีเพื่อผลิตผลิตภัณฑ์ชนิดใหม่ และ 4) มาตรการแก้ไขด้านสิ่งแวดล้อม โดยกำหนดให้ผู้ลงทุนต้องยื่นขอรับการส่งเสริมการลงทุนภายในปี พ.ศ. 2556



ขยายธุรกิจไปในหลายประเทศในแถบภูมิภาคอาเซียนรวมถึงเมียนมาร์ อีกทั้ง ยังเป็นเอกชนจากต่างประเทศรายแรกที่ได้รับใบอนุญาตในการประกอบธุรกิจในประเทศจากรัฐบาลเมียนมาร์ โดยมีเนื้อหาจากการสัมภาษณ์โดยสังเขป ดังนี้

### (1) กฎหมายการลงทุนของเมียนมาร์มิใช่ปัจจัยสำคัญที่ใช้ในการตัดสินใจลงทุนในเมียนมาร์

ผู้บริหารได้กล่าวเริ่มต้นว่าปัจจัยสำคัญที่ท่านใช้ในการตัดสินใจในการลงทุนในต่างประเทศนั้นประกอบด้วย 2 ปัจจัยหลัก ได้แก่

(ก) ดัชนีชี้วัดความยากง่ายในการเข้าไปประกอบธุรกิจ (Ease of Doing Business Index)<sup>43</sup>

(ข) ดัชนีชี้วัดที่จัดทำขึ้นโดยประมวลผลจากข้อมูลเชิงลึกที่บริษัทมี เช่น พิจารณาจากจำนวนลูกค้าต่างชาติที่เข้ามาใช้บริการในประเทศว่าแต่ละประเทศมีสัดส่วนมากน้อยเพียงใด หากประเทศไหนมีประชากรเข้ามาใช้บริการมาก นั่นอาจหมายถึงประชากรของประเทศเหล่านั้นให้ความเชื่อถือกับบริการของบริษัทมาก จึงมีโอกาสสูงที่จะเข้าไปขยายธุรกิจในประเทศนั้น

ผู้บริหารให้ความเห็นเพิ่มเติมว่า ในกรณีของการลงทุนในเมียนมาร์ แม้กฎหมายภายในประเทศจะมีความสำคัญ แต่สิ่งที่สำคัญกว่าคือ 2 ปัจจัยข้างต้น รวมถึงเรื่องฐานลูกค้าหรือความต้องการซื้อ (Demand) ในประเทศว่ามีมากพอหรือคุ้มค่าที่จะให้บริษัทเข้าไปลงทุนหรือไม่ เนื่องจากกฎหมายนั้นแม้จะมีความรัดกุมหรือหละหลวมเพียงใด แต่ก็ใช้กับผู้ลงทุนต่างชาติทุกคนโดยเท่าเทียมกัน (Apply for Everybody) และถึงแม้ว่ารัฐอาจจะให้สิทธิผู้ลงทุนในประเทศมากกว่าผู้ลงทุนต่างชาติ แต่ท่านก็มองว่าไม่ได้เป็นการเสียเปรียบหรือเป็นปัจจัยที่จะทำให้ไม่ตัดสินใจลงทุนในประเทศเมียนมาร์แต่อย่างใด เพราะบริษัทเลือกที่จะเข้าไปเจาะกลุ่มลูกค้าตลาดบน ซึ่งเป็นการแข่งขันกับผู้ลงทุนต่างชาติด้วยกัน อาทิ นักธุรกิจจากประเทศสิงคโปร์ ไม่ได้แข่งขันกับผู้ประกอบการในประเทศอยู่แล้ว อีกทั้ง เมียนมาร์เป็นประเทศกำลังพัฒนาที่ยังตามหลังไทยอยู่ถึง 30 ปี จึงทำให้อีกโอกาสที่ผู้ประกอบการในประเทศจะขยับขึ้นมาจับตลาดที่เป็นตลาดที่บริษัทกำลังแข่งขันอยู่ได้ยาก ซึ่งหากมองในมุมกลับกันว่าแม้กฎหมายจะคุ้มครองผู้ลงทุนต่างชาติดีเพียงใด แต่หากประเทศนั้นไม่มีความพร้อมในผลิตภัณฑ์หรือบริการของบริษัท ท่านก็จะไม่เข้าไปลงทุน ตัวอย่างเช่น ประเทศฟิลิปปินส์ที่ผู้บริหารเห็นว่าในแง่กฎหมายมีความพร้อมกว่าประเทศเมียนมาร์ค่อนข้างมากและมีความต้องการผู้ลงทุนต่างชาติเหมือน ๆ กัน แต่บริษัทก็ยังไม่ตัดสินใจไปลงทุนเนื่องจากกำลังซื้อภายในประเทศยังไม่ค่อยดีนัก ดังนั้น จึงอาจสรุปได้ว่ากฎหมายการลงทุนมิใช่ปัจจัยสำคัญที่ท่านใช้ในการตัดสินใจในการเข้าไปขยายธุรกิจในประเทศเมียนมาร์

ส่วนประเด็นเรื่องหลัก FET ที่ปรากฏในหมวดที่ 11 เรื่องการปฏิบัติต่อผู้ลงทุน (Treatment of Investors) ในกฎหมายการลงทุนของเมียนมาร์นั้น ผู้บริหารให้ความเห็นว่ามีความสอดคล้องต่อการตัดสินใจลงทุนเช่นกัน โดยถึงแม้จะไม่มีหลักนี้ในกฎหมายการลงทุนของเมียนมาร์ ท่านก็ยังตัดสินใจลงทุนในประเทศนี้ (ด้วยเหตุผลเดียวกันกับที่กล่าวข้างต้น) พร้อมกับเสริมว่าอาจเป็นเพราะประเทศเมียนมาร์เคยเป็นอาณานิคมของประเทศอังกฤษ (ซึ่งเป็นประเทศพัฒนาแล้ว) นักกฎหมายจาก

<sup>43</sup> ดัชนีชี้วัดความยากง่ายในการเข้าไปประกอบธุรกิจ (Ease of Doing Business Index) ถูกพัฒนาขึ้นโดยธนาคารโลก (World Bank) ซึ่งจะมีการรายงานผลทุกปี โดยจัดเป็นหนึ่งในตัวแปรสำคัญที่นักธุรกิจใช้ในการตัดสินใจในการดำเนินธุรกิจในแต่ละประเทศ เนื่องจากเป็นการบอถึงความสะดวกในการทำธุรกิจ ตั้งแต่เริ่มต้นไปจนถึงเลิกธุรกิจ รวมถึงเมื่อเกิดปัญหาทางธุรกิจ ประเทศนั้น ๆ มีขั้นตอน ระยะเวลาในการให้บริการ ต้นทุนและค่าใช้จ่ายในการดำเนินการมากน้อยเพียงใด และกฎระเบียบภาครัฐสนับสนุนต่อการประกอบธุรกิจหรือไม่อย่างไร

ประเทศนั้นจึงเป็นผู้นำหลักการนี้เข้ามาเสนอให้รัฐบาลเมียนมาร์บัญญัติไว้ในกฎหมายการลงทุน เพื่อทำที่สุดแล้วจะได้เป็นประโยชน์ต่อผู้ลงทุนต่างชาติที่มาจากประเทศตน ด้วยเหตุนี้ ท่านจึงเห็นว่าหากมีการนำหลัก FET มาบัญญัติไว้ในกฎหมายส่งเสริมการลงทุนของไทย จึงอาจไม่ได้เป็นประโยชน์ต่อผู้ลงทุนต่างชาติมากนัก และอาจเป็นการผูกมัดประเทศจนเกินไปจนอาจทำให้ไทยต้องเสียประโยชน์ในที่สุด (ท่านเห็นว่า การเขียนอะไรที่ชัดเจนมากเกินไปอาจเป็นข้อผูกมัดให้ผู้ลงทุนต่างชาติสามารถฟ้องร้องประเทศไทยได้โดยง่าย)

อย่างไรก็ดี ผู้บริหารเห็นว่าหลัก FET รวมถึงข้อบทที่ปรากฏอยู่ในเรื่องการปฏิบัติต่อผู้ลงทุน อาจมีความสำคัญต่อผู้ลงทุนต่างชาติมากในกรณีที่ได้เข้าไปลงทุนในธุรกิจที่เกี่ยวข้องกับโครงสร้างพื้นฐานของประเทศ (Infrastructure) เนื่องจากมีกฎหมายควบคุมที่เกี่ยวข้องกับนักธุรกิจโดยตรง เช่น ในการปรับขึ้นหรือลดราคา แต่หากเป็นการลงทุนโดยทั่วไป ดังเช่นในกรณีการลงทุนของกลุ่มบริษัทที่ท่านดูแลนั้น ท่านเห็นว่าหลักนี้มีความสำคัญค่อนข้างน้อย และแม้ในกรณีของเมียนมาร์ที่กฎหมายมีความซับซ้อน (Complicated) โดยยังไม่เปิดให้ผู้ลงทุนต่างชาติเข้าไปถือหุ้นในบริษัทได้ 100% (ต่างจากกรณีของประเทศกัมพูชาที่อนุญาตให้ผู้ลงทุนต่างชาติถือหุ้นได้ 100%) ท่านก็ยังเลือกที่จะเข้าไปลงทุน โดยใช้วิธีร่วมทุน (Joint Venture) กับนักธุรกิจในประเทศเมียนมาร์ เนื่องจากเห็นว่าตลาดในประเทศมีความต้องการสูง อีกทั้ง การใช้วิธีนี้อาจช่วยให้ได้รับการยอมรับจากคนในท้องถิ่นง่ายขึ้น เพราะคนเมียนมาร์มีวัฒนธรรมที่ค่อนข้างคล้ายกับคนไทย นอกจากนี้ ท่านยังเห็นว่าคนเมียนมาร์มีความชำนาญในการใช้ภาษาอังกฤษดีกว่าคนไทย เพราะได้รับอิทธิพลจากสมัยที่เคยตกเป็นอาณานิคมของประเทศอังกฤษ จึงทำให้มีโอกาสขยายตลาดได้ง่ายขึ้น

## **(2) เศรษฐกิจไทยสามารถเติบโตได้โดยไม่ต้องอาศัยเงินลงทุนจากต่างประเทศมากเท่ากับสมัยก่อน**

ในตอนท้ายของการสัมภาษณ์ ผู้บริหารได้กล่าวเสริมว่า เงินลงทุนโดยตรงจากประเทศหรือ FDI ของไทยที่มีแนวโน้มลดลงสวนทางกับเมียนมาร์ที่มีแนวโน้มเพิ่มขึ้นในช่วง 5 ปีที่ผ่านมา ไม่ได้เป็นสิ่งที่ท่านกังวลแต่อย่างใด เพราะนั่นเป็นที่ยืนยันว่าเศรษฐกิจไทยสามารถเติบโตได้โดยไม่ต้องอาศัยเงินลงทุนจากต่างประเทศมากเท่ากับในสมัยก่อน ดังที่เห็นได้จากมีกลุ่มบริษัทใหญ่ ๆ ในประเทศไทยที่มีการขยายตัวขึ้นมากและมีบทบาทต่อการลงทุนในประเทศสูงขึ้น อาทิ กลุ่มเซ็นทรัล กลุ่มซีพี รวมถึงได้มีการขยายการลงทุนไปในต่างประเทศ ดังนั้น จึงสรุปได้ว่าในกรณีของเมียนมาร์ แม้จะมีหลัก FET ปรากฏอยู่ในกฎหมายการลงทุนหรือไม่ ก็ไม่ได้เป็นผลต่อการตัดสินใจในการลงทุนของท่าน (เว้นเสียแต่ว่าการลงทุนนั้นจะเกี่ยวข้องกับโครงสร้างพื้นฐานของประเทศ) และถึงแม้ว่าจะมีการนำหลัก FET มาบัญญัติเพิ่มในกฎหมายส่งเสริมการลงทุนของไทยเพื่อเป็นการดึงดูดเม็ดเงินลงทุนจากต่างชาติ ท่านก็เห็นว่าอาจไม่มีความจำเป็นมากนัก เพราะนักธุรกิจไทยในปัจจุบันก็มีสัดส่วนในการลงทุนในประเทศที่มากพอที่จะชดเชยการลงทุนจากต่างชาติได้ (แม้จะไม่ทั้งหมดแต่ก็สูงขึ้นกว่าในอดีตมาก) รวมถึงอาจเป็นการผูกมัดประเทศจนเกินไป แต่ท่านได้กล่าวเสริมว่า หากจะมีการนำหลักนี้มาบัญญัติในกฎหมายส่งเสริมการลงทุนของไทยจริง ให้พิจารณาถึงเรื่องผลกระทบในระยะสั้นและในระยะยาวที่มีต่อประเทศไทย รวมถึงให้นำหลักการพัฒนาที่ยั่งยืน (Sustainable Development) เข้ามาพิจารณาประกอบด้วย

#### 4.4 แนวทางการปรับใช้หลัก FET ในกฎหมายส่งเสริมการลงทุนของไทย

จากการศึกษาโดยใช้วิธีวิจัยเชิงเอกสาร (Documentary Research) ประกอบกับข้อมูลจากการสัมภาษณ์ผู้เชี่ยวชาญจากองค์กรต่าง ๆ ได้แก่ กระทรวงการต่างประเทศ สำนักงานคณะกรรมการส่งเสริมการลงทุน (BOI) และนักธุรกิจไทยที่ลงทุนในประเทศเมียนมาร์ ผู้เขียนเห็นว่าในการนำหลักปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียมหรือ FET มาปรับใช้ในกฎหมายส่งเสริมการลงทุนไทยตามพระราชบัญญัติส่งเสริมการลงทุน พ.ศ. 2520 นั้น มีประเด็นหลักที่ควรพิจารณาอยู่ 2 ประเด็น ได้แก่ 1) ด้านการดึงดูดเงินลงทุนโดยตรงจากต่างประเทศหรือ FDI และ 2) ด้านการพัฒนาที่ยั่งยืน โดยมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

##### (1) ด้านการดึงดูดเงินลงทุนโดยตรงจากต่างประเทศ

ก่อนที่จะวิเคราะห์ว่าหลัก FET มีความสัมพันธ์กับเงินลงทุนโดยตรงจากต่างประเทศหรือ FDI อย่างไร และทำไมผู้เขียนจึงเห็นว่าประเทศไทยจึงควรกำหนดหลัก FET ไว้ในกฎหมายส่งเสริมการลงทุนเพื่อให้เท่าเทียม หรือดีกว่ากฎหมายการลงทุนของเมียนมาร์ในเรื่องนี้ (ดังที่เขียนไว้ในสมมติฐานการศึกษา) ผู้เขียนขอเกริ่นนำถึงความสำคัญของ FDI ที่มีต่อระบบเศรษฐกิจโดยเฉพาะต่อประเทศกำลังพัฒนาเช่นประเทศไทยโดยสังเขปก่อน ดังนี้

ภายใต้ระบบโลกแบบเสรีนิยมใหม่ (Neo-liberalism)<sup>44</sup> นักเศรษฐศาสตร์โดยมากเชื่อว่า FDI จะส่งประโยชน์ในระยะยาวแก่ประเทศผู้รับการลงทุนที่เป็นประเทศกำลังพัฒนา เนื่องจาก FDI เป็นเงินทุนระยะยาวที่เพิ่มการสะสมทุนในเศรษฐกิจ มีความผันผวนต่ำโดยเปรียบเทียบกับเงินทุนไหลเข้าเพื่อซื้อสินทรัพย์หรือเก็งกำไรในตลาดหุ้น ซึ่งผลทางตรงที่เด่นชัดคือ FDI จะช่วยเพิ่มมาตรฐานการครองชีพ โดยสร้างโอกาสในการมีงานทำ สร้างงานใหม่ และช่วยถ่ายโอนทุน เทคโนโลยีและทักษะในการบริหารจัดการ นับเป็นการเพิ่มผลิตภาพ (Productivity) ให้แก่ประเทศผู้รับการลงทุน อีกทั้ง คนในประเทศผู้รับการลงทุนที่ได้ทำงานในบริษัทข้ามชาติ ยังได้รับค่าจ้างสูง มีโอกาสในการเรียนรู้และฝึกอบรม และได้ทำงานในบรรยากาศที่เปี่ยมด้วยความเป็นมืออาชีพ มีมาตรฐานสากล ซึ่งเมื่อได้มีโอกาสย้ายงานกลับมาทำงานในบริษัทของคนชาติตน ก็จะได้นำแนวคิดใหม่ ๆ มาปรับปรุงพัฒนาและเพิ่มประสิทธิภาพ ซึ่งท้ายที่สุดก็จะส่งผลดีต่อเศรษฐกิจของประเทศผู้รับการลงทุนอีกด้วย

ด้วยความสำคัญดังกล่าว รวมถึงความสัมพันธ์ของ FDI ที่มีต่อการเจริญเติบโตทางเศรษฐกิจไทยดังที่ได้กล่าวถึงในบทที่ 1 (รูปภาพที่ 3) ผู้เขียนจึงเห็นว่าควรมีกฎหมายส่งเสริมการลงทุนที่มีความชัดเจน โปร่งใส และแน่นอน โดยกำหนดหลักปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียมหรือ FET ไว้ในกฎหมายส่งเสริมการลงทุนตามพระราชบัญญัติส่งเสริมการลงทุน พ.ศ. 2520 จะทำให้ผู้ลงทุนต่างชาติมีความเชื่อมั่นต่อการลงทุนในประเทศไทยมากขึ้น เนื่องจากเป็นการส่งสัญญาณเชิงบวก หรืออย่างน้อยในเชิงสัญลักษณ์ว่าประเทศไทยพร้อมที่จะให้ความคุ้มครองแก่ผู้ลงทุนต่างชาติอย่างแท้จริง อาทิ การคุ้มครองไม่ให้เกิดการยกเลิกใบอนุญาตในการประกอบธุรกิจของผู้ลงทุนต่างชาติโดยพลการ การไม่คุกคามผู้ลงทุนต่างชาติด้วยการเรียกเก็บค่าปรับหรือค่าสินไหมทดแทนที่ไม่เป็นธรรม หรือการไม่สร้างอุปสรรคอื่น ๆ ต่อการทำธุรกิจของผู้ลงทุนต่างชาติ ซึ่งหากไม่ได้มีการกำหนดหลักนี้ไว้ในกฎหมายส่งเสริมการลงทุนไทยแล้ว ผู้เขียนเห็นว่าประเทศไทยอาจจะมีความเสี่ยงที่จะสูญเสียเงินลงทุนโดยตรง

<sup>44</sup> เสรีนิยมใหม่ (Neo-liberalism) หมายถึง การกำเนิดใหม่ของความคิดที่สัมพันธ์กับเสรีนิยมทางเศรษฐกิจที่ปล่อยให้อุตสาหกรรมดำเนินการไปโดยปราศจากการแทรกแซงจากรัฐบาล อาทิ นโยบายการเปิดเสรี การแปรรูปรัฐวิสาหกิจ การรัดเข็มขัดทางการเงิน หรือการผ่อนปรนกฎเกณฑ์ต่าง ๆ

จากต่างประเทศหรือ FDI ให้กับประเทศเพื่อนบ้านอย่างเมียนมาร์ที่เพิ่งมีการบัญญัติหลัก FET เพิ่มเข้าไปในกฎหมายการลงทุนได้

อย่างไรก็ดี อาจมีข้อโต้แย้งว่าประเทศเมียนมาร์นั้นยังไม่อาจถือได้ว่าเป็นคู่แข่งกับประเทศไทย เพราะสภาพเศรษฐกิจและสังคมยังตามหลังไทยอยู่มาก (นักธุรกิจที่ผู้เขียนได้ไปสัมภาษณ์เห็นว่าเมียนมาร์ยังตามหลังไทยอยู่ถึง 30 ปี) แต่ในมุมมองของผู้เขียนนั้น แม้จะเห็นด้วยว่าเมียนมาร์ยังตามหลังไทย แต่ก็ไม่คิดว่าจะถึง 30 ปี และคนไทยก็ไม่ควรชะล่าใจ หรือคิดว่าประเทศเมียนมาร์ไม่มีทางไล่หลังประเทศไทยทัน แท้จริงแล้ว เราอาจกำลังถูกไล่หลังเข้าไปทุกขณะ ดังที่เห็นได้จากที่เมียนมาร์ได้มีนโยบายเปิดประเทศมากขึ้นในปัจจุบันเพื่อรองรับการลงทุน โดยนับตั้งแต่ปี พ.ศ. 2553 เป็นต้นมา รัฐบาลเมียนมาร์ได้มีการปฏิรูปประเทศอย่างต่อเนื่อง โดยเริ่มเปิดเสรีทางการค้าและการลงทุนจากทั้งในและต่างประเทศ ซึ่งไม่เพียงส่งผลให้เมียนมาร์ก้าวเข้ามามีส่วนร่วมในตลาดโลก แต่ยังช่วยให้สินค้าและบริการในรูปแบบใหม่ ๆ จากทั้งประเทศอื่น ๆ รวมถึงไทย เข้าไปในตลาดเมียนมาร์ให้ชาวเมียนมาร์ได้รู้จักมากขึ้น นอกจากนี้ เมียนมาร์ยังได้ปรับปรุงกฎหมายการลงทุนฉบับเดิมให้ทันสมัยสอดคล้องกับสภาพแวดล้อมในปัจจุบัน โดยนำกฎหมายการลงทุนเดิม 2 ฉบับ ได้แก่ กฎหมายการลงทุนโดยชาวต่างชาติ (Foreign Investment Law) และกฎหมายการลงทุนโดยชาวเมียนมาร์ (Myanmar Citizen Investment Law) มาบูรณาการรวมกันเป็นกฎหมายฉบับเดียวที่ชื่อว่า “กฎหมายการลงทุนเมียนมาร์” (Myanmar Investment Law) เพื่อเพิ่มการอำนวยความสะดวกให้กับผู้ลงทุนต่างชาติในด้านต่าง ๆ อาทิ การจัดเตรียมเอกสารให้น้อยลง การลดการขอใบอนุญาตประกอบธุรกิจ การกระจายอำนาจในการตัดสินใจลงไปสู่ระดับรัฐและภูมิภาคเพื่อลดขั้นตอนในการทำงานและเพิ่มประสิทธิภาพ การให้สิทธิเช่าที่ดินระยะยาว หรือการผ่อนคลายการโอนเงินไปยังต่างประเทศ ยิ่งไปกว่านั้น ผู้เขียนเชื่อว่าการที่นาย อู วิน หมินท์ ที่เพิ่งได้รับเลือกให้เป็นประธานาธิบดีคนใหม่ของเมียนมาร์ต่อจากนาย ดิน จ่อ ที่ลาออกหลังมีข่าวลือว่ามีปัญหาสุขภาพเมื่อวันที่ 21 มีนาคม พ.ศ. 2561 จะมีการปรับปรุงพัฒนากฎหมายการลงทุนเพื่อส่งเสริม FDI ให้มากยิ่งขึ้น เพราะท่านเป็นผู้เชี่ยวชาญด้านกฎหมายที่เคยเป็นถึงทนายความอาวุโสของศาลสูงและผู้พิพากษาศาลฎีกา อีกทั้งท่านยังเป็นผู้ที่ได้ชื่อว่าจะรักภักดีต่อนางอองซาน ซูจี และเป็นที่ยกย่องว่าจะเข้ามากระตุ้นเศรษฐกิจของเมียนมาร์ให้เติบโตอย่างก้าวกระโดด

การที่เมียนมาร์ได้มีการบัญญัติหมวดที่ 11 เรื่องการปฏิบัติต่อผู้ลงทุน (Treatment of Investors)<sup>45</sup> เพิ่มเข้าไปในกฎหมายการลงทุนฉบับใหม่ ผู้เขียนเห็นว่าเป็นหนึ่งในปัจจัยสำคัญที่จะช่วยให้ผู้ลงทุนต่างชาติมีความมั่นใจในการลงทุนในประเทศเมียนมาร์มากขึ้น โดยมีสาระสำคัญคือ รัฐบาลต้องปฏิบัติต่อผู้ลงทุนต่างชาติและการลงทุนโดยตรงของผู้ลงทุนต่างชาติโดยเอื้อประโยชน์ไม่น้อยไปกว่าการปฏิบัติต่อผู้ลงทุนที่เป็นคนชาติเมียนมาร์ และในพฤติการณ์คล้ายกัน ต้องไม่น้อยไปกว่าการปฏิบัติต่อผู้ลงทุนต่างชาติและการลงทุนโดยตรงของผู้ลงทุนต่างชาติจากประเทศอื่น ในเรื่องเกี่ยวกับการขยาย (Expansion) การจัดการ (Management) การดำเนินการ (Operation) และการขายหรือการจำหน่ายโดยประการอื่นซึ่งการลงทุนโดยตรงตามกฎหมายนี้ (Sale or Other Disposition of Direct Investments) เว้นเสียแต่ว่า กฎหมาย หลักเกณฑ์และประกาศอื่นใดจะกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น นอกจากนี้ ยังได้กำหนดการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียมหรือ FET ที่โดยทั่วไปมักปรากฏอยู่ในความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนหรือ BITS ไว้ในหมวดที่ 11 นี้ด้วย ซึ่งผู้เขียนเห็นว่า

<sup>45</sup> อ้างแล้ว, เชิงอรรถที่ 27

เป็นหลักการที่สำคัญที่เพิ่มความเชื่อมั่นให้แก่ผู้ลงทุนต่างชาติเป็นอย่างมาก โดยมีสาระสำคัญคือ รัฐบาลเมียนมาร์ได้ให้การรับรองในการปฏิบัติต่อผู้ลงทุนอย่างเป็นธรรมและเท่าเทียมในเรื่อง<sup>46</sup> 1) สิทธิในการได้ข้อมูล และ 2) สิทธิในการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรมที่ถูกต้องและสิทธิในการอุทธรณ์ (ดังที่ได้อธิบายรายละเอียดในบทที่ 3 หัวข้อ 3.3)

ผู้เขียนเห็นว่ากรณีที่เมียนมาร์ได้มีการนำหลัก FET มาบัญญัติไว้ในกฎหมายภายในประเทศนี้ ได้แสดงให้เห็นถึงความตั้งใจจริงของรัฐบาลเมียนมาร์ที่พร้อมที่จะคุ้มครองผู้ลงทุนต่างชาติอย่างแท้จริง ซึ่งจากที่ผู้เขียนได้สัมภาษณ์ผู้เชี่ยวชาญจากกระทรวงการต่างประเทศ ทั้ง 2 ท่านก็เห็นด้วยในหลักการที่ว่า ในการเลือกที่จะเข้ามาลงทุนในประเทศใดประเทศหนึ่ง ผู้ลงทุนต่างชาติจะให้ความสำคัญกับกฎหมายภายในประเทศของประเทศผู้รับการลงทุนมากกว่ากฎหมายระหว่างประเทศ (อาทิ BITs ที่ประเทศผู้รับการลงทุนได้ทำไว้กับประเทศของผู้ลงทุนต่างชาติ) ด้วยเหตุนี้ ผู้เขียนจึงเห็นว่าการกำหนดหลัก FET ในกฎหมายส่งเสริมการลงทุนไทยจะช่วยเพิ่มความเชื่อมั่นให้แก่ผู้ลงทุนต่างชาติได้มากขึ้น ลดการสูญเสียเงินลงทุนโดยตรงจากต่างประเทศหรือ FDI และจะเป็นประโยชน์ต่อการเจริญเติบโตของเศรษฐกิจไทยในที่สุด

## (2) ด้านการพัฒนาที่ยั่งยืน

แม้ผู้เขียนจะเห็นด้วยกับการกำหนดหลัก FET ในกฎหมายส่งเสริมการลงทุนของไทยตามพระราชบัญญัติส่งเสริมการลงทุน พ.ศ. 2520 แต่ก็เห็นว่าควรมีการพิจารณาควบคู่ไปกับหลักของการพัฒนาที่ยั่งยืนด้วย เนื่องจากหลักของการพัฒนาที่ยั่งยืนนั้นไม่เพียงแต่เน้นไปที่การเจริญเติบโตของเศรษฐกิจ แต่ยังให้ความสำคัญกับทุกภาคส่วน (Stakeholders) ไม่ว่าจะเป็นเรื่องการมีส่วนร่วมทางสังคม การรวมกลุ่มในระดับประเทศและระหว่างประเทศ การสร้างความยุติธรรมทางสังคม (Social Justice) การส่งเสริมให้เกิดความยั่งยืนทางสถานะแวดล้อม (Environmental Sustainability) การมีความรับผิดชอบต่อสังคม (Corporate Social Responsibility – CSR) หรือการเติบโตแบบมีส่วนร่วม (Inclusive Growth) เป็นต้น โดยเพื่อไม่ให้เกิดการกำหนดหลัก FET ดังกล่าวเป็นการผูกมัดประเทศไทยจนเกินไป จึงเป็นความยากของผู้กำหนดนโยบายหรือผู้เขียนกฎหมายที่ต้องพยายามรักษาสมดุลระหว่างการดึงดูดเงินลงทุนโดยตรงจากต่างประเทศหรือ FDI กับการพัฒนาที่ยั่งยืน

หากพิจารณาคำว่าพัฒนาที่ยั่งยืนนั้น พบว่ามีส่วนประกอบพื้นฐานที่สำคัญอยู่ 3 ประการ ได้แก่ 1) ด้านเศรษฐกิจ 2) ด้านสังคม และ 3) ด้านสิ่งแวดล้อม โดยส่วนประกอบทั้งสามนี้มีความเชื่อมโยงสัมพันธ์กันไม่สามารถแยกออกจากกันได้ ซึ่งเป็นหน้าที่ของผู้กำหนดนโยบายหรือผู้เขียนกฎหมายที่จะทำให้บรรลุเป้าหมายทั้งสามนี้ให้ได้ดีที่สุด แท้จริงแล้ว ผู้เขียนเชื่อว่ารากฐานที่สำคัญของการพัฒนาที่ยั่งยืนมีที่มาจากหลักปรัชญาเศรษฐกิจพอเพียง (Sufficiency Economy) ของในหลวงรัชกาลที่ 9 ที่ประกอบไปด้วย 3 เสาหลักที่สำคัญ<sup>47</sup> ได้แก่ 1) ความพอประมาณ (Moderation) 2) ความสมเหตุสมผล (Reasonableness) และ 3) ความมีภูมิคุ้มกัน (Self-immunity) ตัวอย่างเช่น ในเรื่องเศรษฐกิจ หากมีการเปิดเสรีทางการค้าทุกอย่างหรือมากจนเกินไป ก็จะไม่พอประมาณ ขัดกับเสาหลักแรกของหลักเศรษฐกิจพอเพียง หากเปิดเสรีการค้าเร็วจนเกินไป ไม่ให้เวลาที่พอเหมาะแก่ผู้ประกอบการไทยในการปรับตัว ก็จะไม่สมเหตุสมผล เพราะอาจทำให้ธุรกิจไทยแข่งขันสู้กับต่างชาติ

<sup>46</sup> อ่างแล้ว, เชิงอรรถที่ 28

<sup>47</sup> ทัชชมัย ทองอุไร (2557). “มุมมองต่อประชาคมอาเซียน (Asean Community) ของ ศ. (พิเศษ) ดร.สุรเกียรติ์ เสถียรไทย” สำนักพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

ไม่ได้ หรือหากมีการเปิดเสรีทางการเงินแบบไม่ระมัดระวัง จนทำให้เงินทุนไหลเข้ามากเกินไป ก็จะไม่  
มีภูมิคุ้มกัน ดั่งเช่นที่ทำให้เกิดวิกฤตต้มยำกุ้งในช่วงปี พ.ศ. 2540 แต่ในทางกลับกัน หากมีการเปิด  
เสรีการค้าน้อยจนเกินไป ก็อาจไม่พอประมาณและไม่สมเหตุสมผลเช่นกัน เพราะจะทำให้เศรษฐกิจ  
ไทยเจริญเติบโตได้ช้าลงเนื่องจากขาดเงินลงทุนโดยตรงจากต่างชาติ ซึ่งอาจหมายถึงการไม่มีภูมิ  
คุ้มกันด้วย เพราะเป็นการทำให้สภาพสังคมและเศรษฐกิจไทยไม่แข็งแรงพอที่จะแข่งขันกับประเทศ  
อื่น ๆ ในยุคที่โลกมีการเปลี่ยนแปลงอย่างรวดเร็วได้ ด้วยเหตุนี้ ผู้เขียนจึงเห็นว่าหลักของการพัฒนาที่  
ยั่งยืนนั้นมีความสำคัญที่ควรนำมาพิจารณาประกอบพร้อม ๆ ไปด้วยการนำหลัก FET มากำหนดไว้  
ในกฎหมายส่งเสริมการลงทุนไทยเพื่อดึงดูด FDI

หากพิจารณาระดับขั้นแรกของหลัก FET ตามทางเลือกนโยบายในระดับต่าง ๆ  
(Framework for International Investment Agreements (IIAs): Policy Options) ภายใต้กรอบ  
นโยบายการลงทุนเพื่อการพัฒนาที่ยั่งยืนขององค์การเพื่อความร่วมมือและการพัฒนาทางเศรษฐกิจ (OECD) หรือ IPFSD (ดังที่ได้อธิบายไว้ในบทที่ 2 หัวข้อ  
2.5) ที่ระบุให้มีความผูกพันอย่างไม่มีเงื่อนไข (Unqualified Commitment) ที่จะปฏิบัติต่อผู้ลงทุน  
ต่างชาติหรือการลงทุนของเขาอย่างเป็นธรรมและเท่าเทียมนั้น แม้จะเป็นทางเลือกที่คุ้มครองผู้ลงทุน  
ต่างชาติอย่างสูงสุด (Maximum Protection) แต่ขณะเดียวกันก็เป็นการเพิ่มความเสี่ยงในการ  
ฟ้องร้องของผู้ลงทุนต่างชาติที่มีต่อประเทศผู้รับการลงทุน โดยอาจส่งผลกระทบต่อความรับผิดชอบ  
ทางการเงินของรัฐ รวมถึงอาจเป็นการจำกัดอำนาจในการเปลี่ยนหรือกำหนดนโยบายใหม่ ๆ ที่เป็น  
สาธารณประโยชน์ของประเทศผู้รับการลงทุน (ที่อาจส่งผลกระทบในทางลบต่อผู้ลงทุนต่างชาติ) ซึ่ง  
อาจทำให้เกิดปัญหา อื่น ๆ ตามมาได้ ด้วยเหตุนี้ ผู้เขียนจึงเห็นว่าระดับขั้นที่ 1 ไม่น่าเป็นทางเลือกที่  
เหมาะสมที่ผู้กำหนดนโยบายหรือผู้บัญญัติกฎหมายจะนำมาใช้ในกฎหมายส่งเสริมการลงทุนของไทย  
เพราะเห็นได้ว่าไม่ได้เป็นไปตามหลักของการพัฒนาที่ยั่งยืน

ในทางกลับกัน หากพิจารณาระดับขั้นสุดท้ายหรือระดับขั้นที่ 6 ของหลัก FET ตามทางเลือก  
นโยบายในระดับต่าง ๆ ภายใต้กรอบนโยบายการลงทุนเพื่อการพัฒนาที่ยั่งยืนขององค์การเพื่อ  
ความร่วมมือและการพัฒนาทางเศรษฐกิจ (OECD) หรือ IPFSD ที่ระบุให้ไม่ใช่หลัก FET เลย โดยทางเลือกนี้แม้จะเป็นการลดความเสี่ยงของรัฐในการถูกฟ้องร้องโดยผู้  
ลงทุนต่างชาติ เพราะเป็นการลดข้อเรียกร้องต่าง ๆ ของผู้ลงทุนลง ซึ่งเป็นการมุ่งเน้นไปสู่การพัฒนาที่  
ยั่งยืนในระดับที่สูง แต่ขณะเดียวกันก็เป็นการลดคุณค่าของความคุ้มครองผู้ลงทุนลงไปอย่างมาก ซึ่ง  
อาจส่งผลกระทบต่อความเชื่อมั่นของผู้ลงทุนต่างชาติในการลงทุนในประเทศผู้รับการลงทุนได้ ด้วย  
เหตุนี้ ผู้เขียนจึงเห็นว่าระดับขั้นที่ 6 นี้ไม่น่าจะเป็นทางเลือกที่เหมาะสมที่จะนำไปใช้ในกฎหมาย  
ส่งเสริมการลงทุนของไทยเช่นกัน

การพิจารณาระดับขั้นของหลัก FET ที่เหมาะสมที่สมควรที่จะนำไปกำหนดในกฎหมาย  
ส่งเสริมการลงทุนของไทยนั้น ผู้เขียนเห็นว่าควรนำการวิเคราะห์หลัก FET ในกฎหมายการลงทุนของ  
เมียนมาร์ (ดังที่ได้วิเคราะห์ไว้แล้วในบทที่ 3 หัวข้อ 3.4) มาเป็นแนวทาง ซึ่งจะพบว่าหลัก FET ใน  
กฎหมายการลงทุนของเมียนมาร์มีความสอดคล้องกับทางเลือกนโยบายตามกรอบของ IPFSD ใน  
ระดับที่ 3 คือ การแทนที่หรือระบุหลัก FET ให้ชัดเจนด้วยการบัญญัติไว้ในภาระหน้าที่ของรัฐอย่าง  
ครบถ้วน (Exhaustive List of State Obligations) ซึ่งเป็นระดับที่มีการมุ่งเน้นไปสู่การพัฒนาที่  
ยั่งยืนตามกรอบ IPFSD ขององค์การในระดับปานกลาง โดยในทัศนะของผู้เขียนถือว่าเป็นระดับที่มี  
ความเหมาะสม เพราะหากเมียนมาร์เลือกระดับขั้น FET ที่มีการมุ่งเน้นไปสู่การพัฒนาที่ยั่งยืนตาม  
กรอบ IPFSD ขององค์การในระดับมาก จะทำให้การคุ้มครองผู้ลงทุนต่างชาติทำได้น้อย หรืออาจไม่ได้  
เลย ซึ่งไม่เหมาะสมกับสภาพเศรษฐกิจของประเทศเมียนมาร์ในปัจจุบันที่แม้จะมีอัตราการเจริญเติบโต

ทางเศรษฐกิจสูง แต่โครงสร้างเศรษฐกิจยังมีความหลากหลายน้อย ต้องพึ่งพาทรัพยากรธรรมชาติค่อนข้างสูง และยังคงจัดอยู่ในกลุ่มประเทศที่มีรายได้ปานกลางระดับล่าง (Lower-middle Income Economy)<sup>48</sup> จึงต้องพึ่งพาเงินลงทุนโดยตรงจากต่างชาติหรือ FDI มาก ในขณะที่ถ้าเลือกระดับชั้น FET ที่มีการมุ่งเน้นไปสู่การพัฒนาที่ยั่งยืนตามกรอบ IPFSD ขององค์กัตในระดับต่ำมาก หรือน้อย ก็จะไม่เหมาะสม เพราะเป็นการผูกมัดประเทศจนเกินไปจากการใช้นโยบายต่าง ๆ ซึ่งไม่เป็นไปตามหลักของการพัฒนาที่ยั่งยืน

ในส่วนของประเทศไทย เนื่องจากเป็นประเทศที่มีนโยบายการลงทุนที่ก้าวหน้า มีระดับการพัฒนาทางเศรษฐกิจที่สูง และมีโครงสร้างเศรษฐกิจที่มีความหลากหลายโดยไม่ต้องพึ่งพาทรัพยากรธรรมชาติแต่เพียงอย่างเดียว (ต่างจากกรณีเมียนมาร์) รวมถึงได้ถูกจัดอยู่ในกลุ่มประเทศที่มีรายได้ปานกลางระดับสูง (Upper-middle Income Economy)<sup>49</sup> ผู้เขียนจึงเห็นว่าควรที่จะกำหนดระดับชั้นของหลัก FET ในกฎหมายส่งเสริมการลงทุนให้มีการมุ่งเน้นไปสู่การพัฒนาที่ยั่งยืนตามกรอบ IPFSD ขององค์กัตในระดับปานกลาง หรือระดับมาก (ซึ่งเป็นระดับที่สูงกว่าของเมียนมาร์) คือเพื่อให้เท่าเทียม หรือดีกว่ากฎหมายการลงทุนของเมียนมาร์ในเรื่องนี้ เพราะจะเป็นการช่วยรักษาสมดุลระหว่างการดึงดูดเงินลงทุนโดยตรงจากต่างประเทศหรือ FDI กับการพัฒนาที่ยั่งยืนได้เป็นอย่างดี และช่วยลดการสูญเสีย FDI ซึ่งจะเป็นประโยชน์ต่อเศรษฐกิจของประเทศได้ในที่สุด โดยระดับชั้นดังกล่าวมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

### (1) ระดับชั้นของหลัก FET ตามทางเลือกนโยบายในระดับต่าง ๆ ที่มีการมุ่งเน้นไปสู่การพัฒนาที่ยั่งยืนตามกรอบ IPFSD ขององค์กัตในระดับปานกลาง ได้แก่

1) ระดับชั้นที่ 3: การแทนที่หรือระบุหลัก FET ให้ชัดเจนด้วยการบัญญัติไว้ในภาระหน้าที่ของรัฐอย่างครบถ้วน (Exhaustive List of State Obligations)

การแทนที่หรือระบุหลัก FET ให้ชัดเจนด้วยการบัญญัติไว้ในภาระหน้าที่ของรัฐอย่างครบถ้วนเป็นการหลีกเลี่ยงการตีความที่ไม่คาดคิด หรือการตีความที่กว้างเกินไปของศาลยุติธรรม (Unanticipated and Far-reaching Interpretations) ที่อาจส่งผลกระทบต่อผู้ลงทุน โดยทุกฝ่ายควรมีการสร้างกลไกให้เกิดการปรับปรุง พัฒนา และทบทวนกรณีต่าง ๆ อยู่เสมอ (Periodic Review) เพื่อให้เป็นไปตามพัฒนาการของการระงับข้อพิพาทในระดับสากล

ตัวอย่างของการปรับหลัก FET ในระดับชั้นนี้ เช่น ระบุให้เป็นภาระหน้าที่ของรัฐที่ต้อง

- ดำรงความยุติธรรมในการพิจารณาคดีความหรือกระบวนการพิจารณาทางกฎหมาย (Judicial or Administrative Proceedings)

- ปฏิเสธการปฏิบัติใด ๆ ที่ทำโดยพลการอย่างชัดแจ้ง (Manifestly Arbitrary Manner) ต่อผู้ลงทุน

- ไม่กระทำการใด ๆ ที่ชัดเจนว่าเป็นการฝ่าฝืนหลักหลักศุนิติกกระบวนการ หรือหลักกระบวนการที่ชอบด้วยกฎหมาย (Due Process of Law)

<sup>48</sup> ธนาคารโลกได้ปรับฐานะเมียนมาร์จากประเทศที่มีรายได้ต่ำ (Low-income Economy) ขึ้นเป็นประเทศที่มีรายได้ปานกลางระดับล่าง (Lower-middle Income Economy) ตั้งแต่ปี พ.ศ. 2558

<sup>49</sup> ธนาคารโลกได้ปรับฐานะไทยจากประเทศที่มีรายได้ปานกลางระดับล่าง (Lower-middle Income Economy) ขึ้นเป็นประเทศที่มีรายได้ปานกลางระดับสูง (Upper-middle Income Economy) ตั้งแต่ปี พ.ศ. 2554

- ไม่ก่อให้เกิดการมีส่วนร่วมอย่างชัดเจนในการปฏิบัติที่ไม่ถูกต้อง ที่เกี่ยวข้องกับการบีบบังคับ หรือการข่มขู่อย่างไม่มีเหตุผล (Unjustified Coercion or Harassment) และอย่างต่อเนื่อง

- ไม่ละเมิดต่อความคาดหวังที่ชอบด้วยกฎหมาย (Legitimate Expectations) ของผู้ลงทุนที่มีต่อตัวแทนหรือมาตรการในการกระตุ้นการลงทุน (Investment-inducing Representations or Measures)

2) ระดับขั้นที่ 4: การระบุให้ชัดเจน (โดยให้ความเห็นหรือแนวทางในการตีความแก่อนุญาโตตุลาการในการระงับข้อพิพาท) ว่า

- หลัก FET นั้น รวมถึงพันธกรณีในการดำรงความยุติธรรมในการพิจารณาคดีอาญา คดีแพ่ง และคดีปกครอง (Criminal, Civil or Administrative Proceedings)

- การที่ประเทศผู้รับการลงทุนฝ่าฝืนเงื่อนไขอื่น ๆ ของความตกลงฯ ฉบับเดียวกัน หรือความตกลงระหว่างประเทศฉบับอื่น ไม่ถือเป็นข้อกล่าวอ้างว่าการกระทำเหล่านั้นเป็นการละเมิดทบบัญญัติ

- หลัก FET มิได้ห้ามรัฐใช้หลักสุจริตแห่งกฎหมาย (Good Faith Regulatory) หรือเครื่องมืออื่น ๆ ของรัฐในการดำเนินนโยบายให้เป็นที่ไปตามกฎหมาย

**(2) ระดับขั้นของหลัก FET ตามทางเลือกนโยบายในระดับต่าง ๆ ที่มีการมุ่งเน้นไปสู่การพัฒนาที่ยั่งยืนตามกรอบ IPFSD ขององค์การในระดับมาก ได้แก่**

1) ระดับขั้นที่ 5: การลดหลัก FET ให้เป็นเพียงถ้อยแถลงทางนโยบายที่อาจก่อให้เกิดข้อผูกพันทางการเมือง (Political Commitment) แทนที่จะใช้ในฐานะที่เป็นมาตรฐานทางกฎหมายในการดำเนินการต่าง ๆ (Operative Legal Standard)

การลดหลัก FET ให้เป็นเพียงถ้อยแถลงทางนโยบายที่อาจก่อให้เกิดข้อผูกพันทางการเมือง แทนที่จะใช้ในฐานะที่เป็นมาตรฐานทางกฎหมายในการดำเนินการต่าง ๆ นั้น เป็นการลดระดับในการบังคับใช้ลงจนเกือบเท่ากับการไม่ใช้หลัก FET เลย เพราะจะทำให้ไม่มีผลผูกพันทางกฎหมาย (Legally Binding) แต่ยังสามารถคงลักษณะของหลักนี้ไว้ได้อยู่ (Best Endeavor Character) อาทิ การบัญญัติหลัก FET ไว้เฉพาะแต่ในอารัมภบทหรือบทนำ (Preamble) ของความตกลงฯ โดยแม้จะไม่มีผลผูกพันทางกฎหมาย แต่ก็สามารถช่วยเสริมแนวทางในการตีความหลัก FET ในส่วนอื่น ๆ ของความตกลงฯ ได้

2) ระดับขั้นที่ 6: การไม่ใช้หลัก FET

การไม่ใช้หลัก FET เลย เป็นทางเลือกที่ลดความเสี่ยงของรัฐในการถูกฟ้องร้องโดยผู้ลงทุนต่างชาติ เพราะเป็นการลดข้อเรียกร้องต่าง ๆ ของผู้ลงทุนลง แต่ขณะเดียวกันก็เป็นการลดคุณค่าของความคุ้มครองผู้ลงทุนในความตกลงฯ (Protective Value of the Agreement) ซึ่งอาจส่งผลกระทบต่อความเชื่อมั่นของผู้ลงทุนต่างชาติในการลงทุนในประเทศผู้รับการลงทุนได้ ด้วยเหตุนี้ ผู้เขียนจึงเห็นว่าทางเลือกในระดับขั้นนี้ แม้จะเป็นไปตามการพัฒนาที่ยั่งยืนตามกรอบ IPFSD ขององค์การในระดับมาก แต่ก็ไม่เหมาะสมกับสภาพเศรษฐกิจของประเทศไทยที่ยังต้องพึ่งพาเงินลงทุนโดยตรงจากต่างประเทศหรือ FDI

กล่าวโดยสรุป ผู้เขียนเห็นว่าประเทศไทยควรกำหนดหลักปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียม หรือ FET ไว้ในกฎหมายส่งเสริมการลงทุนโดยอ้างอิงตามระดับขั้นของหลัก FET ตามทางเลือกนโยบายในระดับต่าง ๆ ภายใต้กรอบนโยบายการลงทุนเพื่อการพัฒนาที่ยั่งยืนขององค์การหรือ IPFSD



ให้มีการมุ่งเน้นไปสู่การพัฒนาที่ยั่งยืนในระดับปานกลางหรือระดับมาก ซึ่งได้แก่ ระดับชั้นที่ 3 ระดับชั้นที่ 4 หรือระดับชั้นที่ 5 (ดังตารางที่ 6) แต่ยกเว้นระดับชั้นที่ 6 คือ การไม่ใช้หลัก FET เลย เพราะไม่เป็นการดึงดูดการลงทุนจากต่างประเทศ โดยผู้เขียนเสนอให้กำหนดหลักนี้เพิ่มในมาตรา 51<sup>50</sup> ของพระราชบัญญัติส่งเสริมการลงทุน พ.ศ. 2520 ที่วางหลักไว้ว่า ในกรณีที่ผู้ได้รับการส่งเสริมประสบปัญหาหรืออุปสรรคในการดำเนินกิจการที่ได้รับการส่งเสริมและร้องเรียนให้คณะกรรมการช่วยเหลือ ให้ประธานกรรมการ (ซึ่งก็คือนายกรัฐมนตรี) มีอำนาจสั่งให้ความช่วยเหลือไปตามความเหมาะสม หรือสั่งให้ส่วนราชการ องค์การของรัฐบาล หรือรัฐวิสาหกิจที่เกี่ยวข้องดำเนินการช่วยเหลือ โดยทันที เพราะหากพิจารณามาตรานี้ให้ดี จะพบว่าไม่มีการกำหนดหลักเกณฑ์ที่แน่ชัดในการพิจารณาปัญหาหรืออุปสรรคของผู้ได้รับการส่งเสริมการลงทุน อีกทั้ง ยังให้อำนาจสิทธิขาดแก่ประธานคณะกรรมการส่งเสริมการลงทุน ซึ่งก็คือนายกรัฐมนตรี แต่เพียงผู้เดียวในการสั่งการในกรณีที่ผู้ได้รับการส่งเสริมฯ ร้องเรียนต่อคณะกรรมการฯ ซึ่งถือว่ามีความไม่แน่นอนสูงมากหากมองในมุมมองของผู้ลงทุนต่างชาติ โดยถึงแม้จะมีการกำหนดในมาตรา 53<sup>51</sup> ของพระราชบัญญัติส่งเสริมการลงทุน พ.ศ. 2520 ว่าให้ส่วนราชการ องค์การของรัฐบาล หรือรัฐวิสาหกิจใดที่ไม่เห็นด้วยกับคำสั่งของประธานกรรมการฯ (ซึ่งก็คือนายกรัฐมนตรี) สามารถเสนอเรื่องแย้งได้ภายใน 15 วันนับจากวันที่ได้รับคำสั่ง แต่สิทธิขาดในการตัดสินใจยังคงเป็นของประธานกรรมการฯ ผู้เขียนจึงเสนอให้มีการปรับปรุงมาตรานี้ ด้วยการกำหนดหลัก FET เพิ่มโดยอ้างอิงตามกรอบนโยบายการลงทุนเพื่อการพัฒนาที่ยั่งยืนขององค์การการค้าโลก หรือ IPFSD ดังกล่าว เพื่อเป็นการสร้างความเชื่อมั่นให้กับผู้ลงทุนต่างชาติที่มีต่อการลงทุนในประเทศไทยให้มากยิ่งขึ้น ซึ่งจะช่วยลดการสูญเสียเงินลงทุนโดยตรงจากต่างประเทศหรือ FDI ได้ในที่สุด

---

<sup>50</sup> อ่างแล้ว, เชิงอรรถที่ 39

<sup>51</sup> อ่างแล้ว, เชิงอรรถที่ 40

**ตารางที่ 6** สรุประดับชั้นที่เหมาะสมของหลัก FET ตามทางเลือกนโยบายในระดับต่าง ๆ ภายใต้กรอบนโยบายการลงทุนเพื่อการพัฒนาที่ยั่งยืนขององค์กััดหรือ IPFSD ที่ควรนำไปปรับใช้กับกฎหมายส่งเสริมการลงทุนของไทย

เกณฑ์การประเมินการพัฒนาที่ยั่งยืนที่เหมาะสมกับประเทศไทย	ระดับชั้นที่เหมาะสมของหลัก FET ตามทางเลือกนโยบายในระดับต่าง ๆ ภายใต้กรอบนโยบายการลงทุนเพื่อการพัฒนาที่ยั่งยืนขององค์กััดหรือ IPFSD ที่ควรนำไปปรับใช้กับกฎหมายส่งเสริมการลงทุนของไทย
(1) หลัก FET มีการมุ่งเน้นไปสู่การพัฒนาที่ยั่งยืนตามกรอบ IPFSD ขององค์กััดในระดับปานกลาง	ระดับชั้นที่ 3: การแทนที่หรือระบุหลัก FET ให้ชัดเจนด้วยการบัญญัติไว้ในภาระหน้าที่ของรัฐอย่างครบถ้วน (Exhaustive List of State Obligations) ระดับชั้นที่ 4: การระบุให้ชัดเจน (โดยให้ความเห็นหรือแนวทางในการตีความแก่นักอนุญาโตตุลาการในการระงับข้อพิพาท) ว่าหลัก FET มิได้ห้ามรัฐใช้หลักสุจริตแห่งกฎหมาย (Good Faith Regulatory) หรือเครื่องมืออื่น ๆ ของรัฐในการดำเนินนโยบายให้ เป็นไปตามกฎหมาย เป็นต้น
(2) หลัก FET มีการมุ่งเน้นไปสู่การพัฒนาที่ยั่งยืนตามกรอบ IPFSD ขององค์กััดในระดับมาก	ระดับชั้นที่ 5: การลดหลัก FET ให้เป็นเพียงถ้อยแถลงทางนโยบายที่อาจก่อให้เกิดข้อผูกพันทางการเมือง (Political Commitment) แทนที่จะใช้ในฐานะที่เป็นมาตรฐานทางกฎหมายในการดำเนินการต่าง ๆ (Operative Legal Standard)

## บทที่ 5

### บทสรุป และข้อเสนอแนะ

ในบทที่ 5 หรือบทสุดท้ายของเอกัตศึกษานี้ ผู้เขียนจะสรุปถึงเนื้อหา หลักการและเหตุผลทั้งหมดจากการที่ผู้เขียนได้ทำการศึกษา วิจัย และสัมภาษณ์ผู้เชี่ยวชาญจากองค์กรต่าง ๆ เพื่อนำไปตอบข้อสมมติฐานที่ผู้เขียนได้ตั้งไว้ในตอนต้นว่า ประเทศไทยควรกำหนดหลักปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียม (Fair and Equitable Treatment – FET) ไว้ในกฎหมายส่งเสริมการลงทุนเพื่อให้เท่าเทียม หรือดีกว่ากฎหมายการลงทุนของเมียนมาร์ในเรื่องนี้ เพื่อลดการสูญเสียเงินลงทุนโดยตรงจากต่างประเทศ (Foreign Direct Investment – FDI) รวมถึงได้จัดทำข้อเสนอแนะเพื่อให้ผู้ที่สนใจนำไปศึกษา ค้นคว้า และวิจัยเพื่อต่อยอดความรู้ต่อไป

#### 5.1 บทสรุป

หลักปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียมหรือ FET เป็นหลักมาตรฐานที่ได้รับการยอมรับในทางกฎหมายระหว่างประเทศที่ใช้คุ้มครองผู้ลงทุนต่างชาติจากการปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม ไม่ถูกต้อง หรือโดยผลการ ซึ่งเป็นหนึ่งในปัจจัยสำคัญที่สร้างความเชื่อมั่นต่อผู้ลงทุนต่างชาติในการเลือกที่จะเข้ามาลงทุนในแต่ละประเทศ โดยมีหลักสำคัญที่มักปรากฏควบคู่กันคือ หลักการไม่เลือกปฏิบัติ (Non-discrimination) กล่าวคือ การกระทำใด ๆ ของรัฐที่จะต้องละเว้นจากการเลือกที่จะให้ หรือไม่ให้สิทธิพิเศษใด ๆ ต่อเอกชนต่างชาติหรือชนชาติใดชาติหนึ่งโดยเฉพาะ ซึ่งในทัศนะของผู้เขียนมีความเห็นเพิ่มเติมว่าหลักนี้มีความเกี่ยวข้องกับหลักมาตรฐานขั้นต่ำระหว่างประเทศด้วย (International Minimum Standard) กล่าวคือ เมื่อรัฐยอมรับให้คนต่างชาติเข้ามาอาศัยอยู่ในดินแดนของตนเอง รัฐเจ้าของดินแดนจะต้องปฏิบัติต่อคนต่างชาตินั้นอย่างผู้มีเกียรติ (Civilized Manner) ตามกฎหมายภายในด้วยความเป็นธรรม และต้องไม่ขัดต่อระเบียบแบบแผนการปฏิบัติระหว่างประเทศ หรืออีกนัยคือ แม้รัฐจะมีอำนาจอธิปไตยเหนือดินแดนของตนในการกำหนดบทบาทหน้าที่ของตนเอง แต่ก็ต้องคำนึงถึงมาตรฐานระหว่างประเทศด้วย รวมถึงหากมีการลงทุนจากต่างชาติ รัฐผู้รับการลงทุนนั้นจะต้องให้ความคุ้มครองและความปลอดภัยอย่างเต็มที่ในชีวิตและทรัพย์สินของปัจเจกชนผู้ลงทุนต่างชาตินั้นในดินแดนของตนเอง

หลัก FET ถูกอ้างถึงครั้งแรกในกฎบัตรฮาวานา (Havana Charter) ในปี พ.ศ. 2491 โดยใช้ชื่อว่า หลักปฏิบัติที่ยุติธรรมและเท่าเทียม (Just and Equitable Treatment) มีจุดประสงค์เพื่อคุ้มครองการลงทุนจากต่างชาติ ไม่ว่าจะเป็นด้านบริษัท (Enterprise) ทักษะ (Skills) ทุน (capital) ความสามารถ (Art) และเทคโนโลยีของประเทศสมาชิก นอกจากนี้ ยังกล่าวถึงสิทธิของประเทศสมาชิกที่ใช้ในการพิจารณาให้การลงทุนจากผู้ลงทุนต่างชาติที่ควรเป็นไปอย่างยุติธรรม พร้อมกับมีข้อกำหนดที่สมเหตุสมผลต่อการลงทุนในปัจจุบันและในอนาคต อย่างไรก็ตาม กฎบัตรฮาวานาได้ถูกล้มเลิกไปในปี พ.ศ. 2494 เนื่องจากมีหลายประเด็นที่ไม่สามารถหาข้อสรุปได้

หลัก FET ได้ปรากฏชัดขึ้นในความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุน (Bilateral Investment Treaties – BITs) ในปี พ.ศ. 2510-2512 ซึ่งเป็นช่วงที่มีการทำ BITs ระหว่างประเทศกำลังพัฒนากับประเทศพัฒนาแล้วมากขึ้น โดยหากพิจารณาความหมายตรงตัวของหลักปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียมหรือ FET แล้ว อาจอธิบายได้ว่า คำว่า “เป็นธรรม” (Fair) หมายถึง การกระทำของรัฐต่อชาวต่างชาติที่ประกอบด้วยเหตุและผล และตั้งอยู่บนพื้นฐานของความยุติธรรม ซึ่งโดยปกติต้องอยู่ภายใต้กรอบของกฎหมายที่เรียกว่าหลักนิติธรรม (Rules of Law) ในขณะที่คำว่า “เท่า

เทียม” (Equitable) นั้นหมายความว่า การปฏิบัติหรือการดำเนินการของรัฐต่อผู้ลงทุนต่างชาติที่เท่าเทียมกับการปฏิบัติต่อคนชาติของตนเอง โดยตั้งอยู่บนพื้นฐานของกฎหมาย ไม่คำนึงถึงปัจจัยอื่น อาทิ เพศ เชื้อชาติ ศาสนา ซึ่งจำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องตั้งอยู่บนพื้นฐานแห่งหลักสุจริต (Good Faith principle) ด้วย

ในส่วนของประเทศไทยนั้น แม้จะมีการบัญญัติหลัก FET ไว้ในสนธิสัญญาหรือความตกลงเกี่ยวกับการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนหรือ BITs แทบทุกฉบับที่ไทยได้ทำไว้กับประเทศต่าง ๆ สำหรับการลงทุนของคนชาติของรัฐภาคี อาทิ ในสนธิสัญญาทางไมตรีและความสัมพันธ์ทางเศรษฐกิจระหว่างราชอาณาจักรไทยกับสหรัฐอเมริกา (Treaty of Amity and Economic Relations between The Kingdom of Thailand and the United States of America) สนธิสัญญาระหว่างไทยกับเยอรมนีเกี่ยวกับการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนต่างตอบแทน (Germany-Thailand BIT) หรือความตกลงการค้าเสรีระหว่างไทยกับออสเตรเลีย (Thailand-Australia Free Trade Agreement – TAFTA) เป็นต้น แต่ก็ยังไม่เคยมีการนำหลัก FET มาบัญญัติไว้ในกฎหมายการลงทุนภายในประเทศตามพระราชบัญญัติส่งเสริมการลงทุน พ.ศ. 2520 แต่อย่างใด ทั้งนี้ อาจเป็นเพราะมีนักวิชาการบางท่านเห็นว่าหลัก FET ยากต่อการตีความ และขาดความชัดเจนในเนื้อหา ซึ่งหากนำมาบัญญัติไว้ อาจจะทำให้ถูกตีความหรือบังคับใช้ไปในทางที่เป็นโทษต่อประเทศได้

อย่างไรก็ดี ผู้เขียนมีความเห็นที่แตกต่างจากความเห็นดังกล่าว โดยเชื่อว่าหากมีการกำหนดหลัก FET ให้เหมาะสมกับสภาพเศรษฐกิจ สังคม และสิ่งแวดล้อมของไทยแล้ว จะเป็นประโยชน์ต่อประเทศไทยมากกว่าเป็นโทษ เพราะการที่นำหลักดังกล่าวมาบัญญัติไว้ในกฎหมายการลงทุนภายในประเทศ (แทนที่จะบัญญัติแต่เพียงในกฎหมายระหว่างประเทศ) จะเป็นการส่งสัญญาณเชิงบวก หรืออย่างน้อยในเชิงสัญลักษณ์ (Substance) ให้กับผู้ลงทุนต่างชาติว่าประเทศไทยพร้อม (Commitment) ที่จะให้ความคุ้มครองแก่ผู้ลงทุนต่างชาติอย่างแท้จริง ยิ่งไปกว่านั้น จากข้อมูลที่ผู้เขียนได้สัมภาษณ์ผู้เชี่ยวชาญจากกระทรวงการต่างประเทศพบว่า ผู้ลงทุนต่างชาติอาจไม่ได้ให้ความสำคัญ (Take into Consideration) กับกฎหมายระหว่างประเทศหรือ BITs มากนัก แต่จะให้ความสำคัญกับกฎหมายภายในประเทศของประเทศผู้รับการลงทุนมากกว่า ด้วยเหตุนี้ ผู้เขียนจึงเห็นว่าการที่ประเทศไทยกำหนดหลัก FET ไว้ในกฎหมายส่งเสริมการลงทุนตามพระราชบัญญัติส่งเสริมการลงทุน พ.ศ. 2520 จะช่วยเพิ่มความเชื่อมั่นให้กับผู้ลงทุนต่างชาติได้มากขึ้น ส่งผลให้ FDI เพิ่มขึ้น และเป็นประโยชน์ต่อเศรษฐกิจไทยในที่สุด

### 5.1.1 หลัก FET ภายใต้ IPFSD ขององค์การ

เมื่อเข้าใจถึงความสำคัญของหลัก FET แล้ว อาจมีคำถามตามมาว่าแล้วจะกำหนดหลัก FET ในกฎหมายส่งเสริมการลงทุนอย่างไรเพื่อให้เหมาะสมกับสภาพเศรษฐกิจ สังคม และสิ่งแวดล้อมของไทย ผู้เขียนจึงได้ศึกษาถึงระดับชั้นของหลัก FET ตามทางเลือกนโยบายในระดับต่าง ๆ (Framework for International Investment Agreements (IIAs): Policy Options) ภายใต้กรอบนโยบายการลงทุนเพื่อการพัฒนาที่ยั่งยืนขององค์การ (IPFSD) เพื่อนำมาเป็นแนวทางหรือกรอบในการพิจารณาปรับใช้หลัก FET กับกฎหมายส่งเสริมการลงทุนของไทย ซึ่งมีระดับชั้นดังต่อไปนี้

(1) ระดับชั้นที่ 1: การมีความผูกพันอย่างไม่มีเงื่อนไข (Unqualified Commitment) ที่จะปฏิบัติต่อผู้ลงทุนต่างชาติหรือการลงทุนของเขาอย่างเป็นธรรมและเท่าเทียม

(2) ระดับชั้นที่ 2: การปรับมาตรฐาน FET โดยอ้างอิงกับมาตรฐานขั้นต่ำในการปฏิบัติต่อผู้ลงทุนต่างชาติ (Minimum Standard of Treatment of Aliens – MST) ภายใต้จารีตประเพณีระหว่างประเทศ (Customary International Law – CIL)

(3) ระดับชั้นที่ 3: การแทนที่หรือระบุหลัก FET ให้ชัดเจนด้วยการบัญญัติไว้ในภาระหน้าที่ของรัฐอย่างครบถ้วน (Exhaustive List of State Obligations)

(4) ระดับชั้นที่ 4: การระบุให้ชัดเจน (โดยให้ความเห็นหรือแนวทางในการตีความแก่อนุญาโตตุลาการในการระงับข้อพิพาท) ว่าหลัก FET มิได้ห้ามรัฐใช้หลักสุจริตแห่งกฎหมาย (Good Faith Regulatory) หรือเครื่องมืออื่น ๆ ของรัฐในการดำเนินนโยบายให้เป็นไปตามกฎหมาย เป็นต้น

(5) ระดับชั้นที่ 5: การลดหลัก FET ให้เป็นเพียงถ้อยแถลงทางนโยบายที่อาจก่อให้เกิดข้อผูกพันทางการเมือง (Political Commitment) แทนที่จะใช้ในฐานะที่เป็นมาตรฐานทางกฎหมายในการดำเนินการต่าง ๆ (Operative Legal Standard)

(6) ระดับชั้นที่ 6: การไม่ใช้หลัก FET

ในการวิเคราะห์หลัก FET ตามทางเลือกทั้ง 6 ระดับชั้นนั้น ผู้เขียนได้นำแนวทางการประเมิน Levels of Policy Reform มาประยุกต์ใช้ในการกำหนดเกณฑ์การประเมินการพัฒนาที่ยั่งยืน (Sustainable Assessment Criteria) ในภาพรวม ซึ่งสามารถแบ่งเกณฑ์การประเมินออกได้เป็น 4 ระดับ ดังนี้

(1) หลัก FET ไม่มีการมุ่งเน้นไปสู่การพัฒนาที่ยั่งยืนตามกรอบ IPFSD ขององค์กัต หรือมีการมุ่งเน้นไปสู่การพัฒนาที่ยั่งยืนในระดับที่ต่ำมาก ซึ่งตรงกับทางเลือกในระดับชั้นที่ 1

(2) หลัก FET มีการมุ่งเน้นไปสู่การพัฒนาที่ยั่งยืนตามกรอบ IPFSD ขององค์กัตในระดับน้อย ซึ่งตรงกับทางเลือกในระดับชั้นที่ 2

(3) หลัก FET มีการมุ่งเน้นไปสู่การพัฒนาที่ยั่งยืนตามกรอบ IPFSD ขององค์กัตในระดับปานกลาง ซึ่งตรงกับทางเลือกในระดับชั้นที่ 3 และ 4

(4) หลัก FET มีการมุ่งเน้นไปสู่การพัฒนาที่ยั่งยืนตามกรอบ IPFSD ขององค์กัตในระดับมาก ซึ่งตรงกับทางเลือกในระดับชั้นที่ 5 และ 6

### 5.1.2 หลัก FET ในกฎหมายการลงทุนของเมียนมาร์

ก่อนที่จะวิเคราะห์ว่าประเทศไทยควรกำหนดหลัก FET โดยอิงตามทางเลือกนโยบายฯ ขององค์กัตหรือ IPFSD ในระดับชั้นใด ผู้เขียนขอกล่าวถึงหลัก FET ในกฎหมายการลงทุนเมียนมาร์ (Myanmar Investment Law) เพื่อชี้ให้เห็นถึงความจำเป็นเร่งด่วนที่ไทยควรจะมีการกำหนดหลัก FET ในกฎหมายส่งเสริมการลงทุนตามพระราชบัญญัติส่งเสริมการลงทุน พ.ศ. 2520 โดยเร็ว มิเช่นนั้นอาจสูญเสียเงินลงทุนโดยตรงจากต่างประเทศ (Foreign Direct Investment – FDI) บางส่วนไปให้กับเมียนมาร์ได้

ในช่วงหลายปีที่ผ่านมา รัฐบาลเมียนมาร์ได้มีการปฏิรูปประเทศอย่างต่อเนื่อง โดยเริ่มเปิดเสรีทางการค้าและการลงทุนจากทั้งในและต่างประเทศ เพื่อสนับสนุนการเจริญเติบโตทางเศรษฐกิจของประเทศในระยะยาว อีกทั้ง ได้มีการปรับปรุงและพัฒนากฎหมายการลงทุนให้ทันสมัยสอดคล้องกับสภาพแวดล้อมในปัจจุบัน ไม่ว่าจะเป็นการลดขั้นตอนการขอใบอนุญาตการลงทุน การทำให้อ้างอิงและกฎระเบียบมีความชัดเจนมากขึ้น การแก้ไขสิทธิประโยชน์การลงทุนให้มีความเหมาะสมและมีประสิทธิภาพมากขึ้น รวมถึงเพิ่มบทบัญญัติต่าง ๆ เพื่อให้เป็นไปตามหลักการลงทุนสากลเพื่อสร้างความเสมอภาคระหว่างผู้ลงทุนต่างชาติและในประเทศ ทั้งนี้ เพื่ออำนวยความสะดวก

และสร้างความเชื่อมั่นให้กับผู้ลงทุนต่างชาติให้มากขึ้นเพื่อดึงดูด FDI โดยกฎหมายฉบับดังกล่าวมีชื่อว่า “กฎหมายการลงทุนเมียนมาร์” (Myanmar Investment Law) ซึ่งมีผลบังคับใช้ตั้งแต่วันที่ 1 เมษายน พ.ศ. 2560 เป็นต้นมา โดยหากพิจารณาทิศทาง FDI ของเมียนมาร์ในช่วง 4-5 ปีที่ผ่านมา ประกอบ จะพบว่าแนวโน้มเพิ่มขึ้นสอดคล้องกับการปรับปรุงและพัฒนากฎหมายการลงทุนของเมียนมาร์อย่างชัดเจน ในขณะที่ทิศทาง FDI ของไทยมีแนวโน้มลดลงอย่างต่อเนื่องในช่วงเวลาเดียวกัน

เมื่อพิจารณาถึงหลัก FET ในกฎหมายการลงทุนเมียนมาร์ พบว่าได้ถูกนำมาบัญญัติไว้ในมาตรา 48 หมวดที่ 11 เรื่องการปฏิบัติต่อผู้ลงทุน (Treatment of Investors) โดยวางหลักไว้ว่า รัฐบาลเมียนมาร์ได้ให้การรับรองในการปฏิบัติต่อผู้ลงทุนอย่างเป็นธรรมและเท่าเทียม ในเรื่อง 1) สิทธิในการได้ข้อมูลที่เกี่ยวข้อง (Right to Obtain the Relevant Information) และ 2) สิทธิในการเข้าถึงกระบวนการที่ชอบด้วยกฎหมายตามหลักศุนิติกระบวนการ (Right to Due Process of Law) และสิทธิในการอุทธรณ์ในเรื่องมาตรการที่คล้ายกัน (Right to Appeal on Similar Measure) โดยหากนำมาเปรียบเทียบกับหลัก FET ตามทางเลือกนโยบายในระดับต่าง ๆ ภายใต้กรอบนโยบายการลงทุนเพื่อการพัฒนาที่ยั่งยืนขององค์การการค้าโลกหรือ IPFSD จะพบว่ามีความสอดคล้องกับทางเลือกนโยบายตามกรอบของ IPFSD ในระดับขั้นที่ 3 คือ การแทนที่หรือระบหลัก FET ให้ชัดเจนด้วยการบัญญัติไว้ในภาระหน้าที่ของรัฐอย่างครบถ้วน ซึ่งมีการมุ่งเน้นไปสู่การพัฒนาที่ยั่งยืนตามกรอบ IPFSD ขององค์การในระดับปานกลาง

อย่างไรก็ดี อาจมีข้อโต้แย้งว่าเมียนมาร์น่าจะยังไม่ใช่คู่แข่งของไทย เนื่องจากสภาพเศรษฐกิจและสังคมยังล้าหลังไทยอยู่มาก จึงอาจไม่เหมาะสมที่จะนำมาเปรียบเทียบกับไทย แต่ในทัศนะของผู้เขียนเห็นว่าคนไทยไม่ควรชะล่าใจหรือคิดว่าประเทศเมียนมาร์ไม่มีทางตามหลังประเทศไทยทัน เพราะเราเคยมีบทเรียนมาแล้วในอดีตเช่นกรณีเกาหลีใต้ที่เมื่อ 50 ปีก่อนยังตามหลังไทย แต่ในปัจจุบันได้แซงหน้าไทยไปอย่างไม่เห็นฝุ่น หรืออย่างกรณีมาเลเซียที่เคยเป็นคู่แข่งที่สูสีกับไทย แต่ในปัจจุบันค่อย ๆ ทิ้งห่างและนำหน้าไทยไปเรื่อย ๆ หรืออย่างกรณีเวียดนามที่ปัจจุบันแม้จะยังตามหลังไทย แต่ก็กำลังไล่หลังไทยเข้าไปทุกขณะ ด้วยเหตุนี้ ผู้เขียนจึงเห็นว่าคนไทยไม่ควรประมาท เพราะหลังจากที่เมียนมาร์ได้มีนโยบายเปิดประเทศมากขึ้นเพื่อรองรับการลงทุน และมีการปฏิรูปประเทศอย่างต่อเนื่อง โดยเปิดเสรีทางการค้าและการลงทุนจากทั้งในและต่างประเทศ รวมถึงปฏิรูปกฎหมายการลงทุนเพื่ออำนวยความสะดวกและคุ้มครองการลงทุนของผู้ลงทุนต่างชาติ จะเห็นได้ว่า FDI ในเมียนมาร์มีแนวโน้มเพิ่มขึ้นอย่างต่อเนื่อง สวนทางกับไทยที่มีแนวโน้มลดลง ยิ่งไปกว่านั้น หากวิเคราะห์ในเชิงภูมิศาสตร์ เมียนมาร์ยังจัดเป็นประเทศที่ตั้งอยู่ในจุดยุทธศาสตร์ของอาเซียนเช่นเดียวกับไทย โดยมีพรมแดนติดกับ 5 ประเทศ ได้แก่ อินเดีย บังกลาเทศ จีน ลาวและไทย มีดินแดนที่อุดมไปด้วยทรัพยากรทางธรรมชาติ ไม่ว่าจะเป็นก๊าซธรรมชาติ หรือสินค้าเกษตร อาทิ ข้าว สัตว์น้ำและอัญมณี อีกทั้งยังเป็นประเทศที่มีความคล้ายคลึงกับไทยมาก ไม่ว่าจะเป็นด้านศาสนา ที่มีการนับถือศาสนาพุทธเป็นส่วนใหญ่ ด้านวัฒนธรรม วิถีชีวิตและขนบธรรมเนียมประเพณี ที่มีประวัตร่วมกันมาช้านาน นอกจากนี้ ยังมีประชากรส่วนใหญ่อยู่ในวัยแรงงาน และผู้สูงอายุยังมีไม่มาก โดยมีการคาดการณ์กันว่าอัตราการเติบโตเฉลี่ยของ GDP ระหว่างปี พ.ศ. 2560-2564 ของเมียนมาร์จะสูงถึงร้อยละ 7.5 ต่อปี

### 5.1.3 แนวทางในการนำหลัก FET มากำหนดในกฎหมายส่งเสริมการลงทุนของไทย

หากพิจารณามาตรา 51 ของพระราชบัญญัติส่งเสริมการลงทุน พ.ศ. 2520 ที่วางหลักไว้ในกรณีที่ได้รับบริการส่งเสริมประสบปัญหาหรืออุปสรรคในการดำเนินกิจการที่ได้รับบริการส่งเสริมและร้องเรียนให้คณะกรรมการช่วยเหลือ ให้ประธานกรรมการ (ซึ่งก็คือนายกรัฐมนตรี) มีอำนาจสั่งให้ความช่วยเหลือไปตามความเหมาะสม หรือสั่งให้ส่วนราชการ องค์กรของรัฐบาล หรือรัฐวิสาหกิจที่เกี่ยวข้องดำเนินการช่วยเหลือโดยทันที จะเห็นได้ว่าไม่มีการกำหนดหลักเกณฑ์ที่แน่ชัดหรือกรอบในการใช้ดุลยพินิจในการพิจารณาปัญหาหรืออุปสรรคของผู้ได้รับบริการส่งเสริมการลงทุน อีกทั้งยังให้อำนาจสิทธิขาดแก่ประธานคณะกรรมการส่งเสริมการลงทุน ซึ่งก็คือนายกรัฐมนตรี แต่เพียงผู้เดียวในการสั่งการในกรณีที่ได้รับบริการส่งเสริมฯ ร้องเรียนต่อคณะกรรมการฯ แม้จะมีการกำหนดในมาตรา 53 ของพระราชบัญญัติส่งเสริมการลงทุน พ.ศ. 2520 ว่าให้ส่วนราชการ องค์กรของรัฐบาล หรือรัฐวิสาหกิจใดที่ไม่เห็นด้วยกับคำสั่งของประธานกรรมการฯ สามารถเสนอเรื่องแย้งได้ภายใน 15 วัน นับจากวันที่ได้รับคำสั่ง แต่สิทธิขาดในการตัดสินใจยังคงเป็นของประธานกรรมการฯ ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าข้อกำหนดดังกล่าวขาดความโปร่งใส ชัดเจน และแน่นอน และอาจทำให้ผู้ลงทุนต่างชาติที่จะเข้ามาลงทุนตามสิทธิของ BOI ขาดความเชื่อมั่นต่อประเทศไทยได้ ด้วยเหตุนี้ หากมีการปรับปรุงกฎหมายมาตรานี้โดยกระจายอำนาจการจัดการ อาทิ ให้มีการแต่งตั้งกรรมการอิสระเข้ามามีส่วนร่วมในการตัดสินใจ และให้มีการจัดทำรายงานการประชุมคณะกรรมการฯ เพื่อเปิดเผยต่อสาธารณชน รวมถึงกำหนดกรอบในการใช้ดุลยพินิจของประธานคณะกรรมการฯ ให้มีความชัดเจนขึ้น โดยเฉพาะอย่างยิ่ง หากมีการนำหลัก FET มาบัญญัติไว้ในกฎหมายเพิ่มเติม ผู้เขียนเชื่อว่าจะเป็นการเพิ่มความเชื่อมั่นของผู้ลงทุนต่างชาติที่มีต่อการลงทุนในประเทศไทยได้มากยิ่งขึ้น

ด้วยเหตุผลทั้งหมดที่กล่าวมา ผู้เขียนสรุปว่าประเทศไทยควรกำหนดหลักปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียมหรือ FET ไว้ในกฎหมายส่งเสริมการลงทุนเพื่อให้เท่าเทียม หรือดีกว่ากฎหมายการลงทุนของเมียนมาร์ในเรื่องนี้ เพื่อลดการสูญเสียเงินลงทุนโดยตรงจากต่างประเทศหรือ FDI โดยเสนอให้กำหนดหลัก FET ในมาตรา 51 ของพระราชบัญญัติส่งเสริมการลงทุน พ.ศ. 2520 เพื่อเป็นกรอบในการใช้ดุลยพินิจของประธานคณะกรรมการส่งเสริมการลงทุน ซึ่งก็คือนายกรัฐมนตรี โดยอ้างอิงตามระดับชั้นของหลัก FET ตามทางเลือกนโยบายในระดับต่าง ๆ ภายใต้กรอบนโยบายการลงทุนเพื่อการพัฒนายั่งยืนขององค์การการค้าโลกหรือ IPFSD ให้มีการมุ่งเน้นไปสู่การพัฒนาที่ยั่งยืนในระดับปานกลางหรือระดับมาก ได้แก่ ระดับชั้นที่ 3 ระดับชั้นที่ 4 หรือระดับชั้นที่ 5 (โดยยกเว้นระดับชั้นที่ 6 คือ การไม่ใช้หลัก FET เลย เพราะไม่เป็นการดึงดูดการลงทุนจากต่างประเทศ) โดยหากเลือกทางเลือกนโยบายฯ ที่มุ่งเน้นไปสู่การพัฒนาที่ยั่งยืนในระดับปานกลาง (ระดับชั้นที่ 3 และ 4) ก็จะถือว่าหลัก FET ของไทยเท่าเทียมกับเมียนมาร์ แต่หากต้องการให้ดีกว่า ผู้เขียนเสนอให้เลือกทางเลือกนโยบายฯ ที่มุ่งเน้นไปสู่การพัฒนาที่ยั่งยืนในระดับมาก (ระดับชั้นที่ 5) ทั้งนี้ เป็นเพราะไทยได้ถูกจัดให้อยู่ในกลุ่มประเทศที่มีรายได้ปานกลางระดับสูง (Upper-middle Income Economy) ในขณะที่เมียนมาร์ยังถูกจัดอยู่ในกลุ่มประเทศที่มีรายได้ปานกลางระดับล่าง (Lower-middle Income Economy) รวมถึงสภาพเศรษฐกิจของไทยยังนำหน้าเมียนมาร์อยู่พอสมควร จึงอาจมีความจำเป็นที่จะต้องพึ่งพา FDI น้อยกว่าเมียนมาร์ ด้วยเหตุนี้ ไทยจึงอาจไม่จำเป็นที่จะต้องมีหลัก FET ที่เข้มงวดเพื่อคุ้มครองผู้ลงทุนต่างชาติเท่าเทียมกับเมียนมาร์ แต่ควรเน้นในด้านการพัฒนาที่ยั่งยืนให้มากกว่า เพื่อให้สอดคล้องกับสภาพเศรษฐกิจ สังคม และสิ่งแวดล้อมของประเทศไทย

## 5.2 ข้อเสนอแนะ

เนื่องจากขอบเขต (Scope) ของการลงทุนตามพระราชบัญญัติส่งเสริมการลงทุน พ.ศ. 2520 ได้ครอบคลุมเฉพาะผู้ลงทุนที่ได้บัตรส่งเสริม (BOI Certificate) ตามกฎหมายฉบับนี้เท่านั้น ในขณะที่ผู้ลงทุนต่างชาติที่เข้ามาลงทุนในรูปแบบอื่นอาจไม่ได้รับความคุ้มครอง เช่น การเข้ามาลงทุนโดยรูปแบบของสัญญาสัมปทาน หรือการลงทุนในเขตเศรษฐกิจพิเศษจำเพาะตามกฎหมายอีอีซี เป็นต้น ผู้เขียนจึงเห็นว่าหากได้มีการกำหนดหลัก FET ลงในกฎหมายส่งเสริมการลงทุนไทยตามพระราชบัญญัติส่งเสริมการลงทุน พ.ศ. 2520 แล้ว ก็ควรขยายขอบเขต (Scope) นิยามของการลงทุนตามพระราชบัญญัตินี้ให้ครอบคลุมกับการลงทุนในรูปแบบอื่นด้วย อาทิ การเข้ามาลงทุนโดยรูปแบบของสัญญาสัมปทาน หรือการลงทุนในเขตเศรษฐกิจพิเศษจำเพาะตามกฎหมายอีอีซี เป็นต้น เพื่อเป็นการสร้างความเชื่อมั่นให้กับผู้ลงทุนต่างชาติที่เข้ามาลงทุนในประเทศไทยในทุกๆ รูปแบบ หรืออาจมีการร่างกฎหมายระดับพระราชบัญญัติขึ้นมาใหม่สำหรับการคุ้มครองการลงทุนโดยเฉพาะ โดยระบุหลัก FET ให้ชัดเจนตามทางเลือกนโยบายในระดับต่าง ๆ ภายใต้กรอบนโยบายการลงทุนเพื่อการพัฒนาที่ยั่งยืนขององค์การการค้าโลกหรือ IPFSD ให้มีการมุ่งเน้นไปสู่การพัฒนาที่ยั่งยืนในระดับปานกลางหรือระดับมาก และบูรณาการกฎหมายดังกล่าวให้สามารถใช้ได้สำหรับการลงทุนทุกรูปแบบ

นอกจากนี้ ผู้เขียนเสนอให้ผู้สนใจค้นคว้าเพิ่มเติม ศึกษาหลัก FET ใน EU-Vietnam Free Trade Agreement ฉบับล่าสุดปี พ.ศ. 2559 เพื่อนำมาเป็นแนวทางในการกำหนดหลัก FET ของไทยว่าควรให้ครอบคลุมในประเด็นใดบ้าง โดยต้องคำนึงถึงหลักการที่ว่ากฎหมายภายในต้องสอดคล้องกับกฎหมายระหว่างประเทศด้วย (ให้กฎหมายระหว่างประเทศเป็น Maximum) อาทิ หลักการหนึ่งที่มีปรากฏควบคู่กับหลัก FET อยู่เสมอ คือ หลักการไม่เลือกปฏิบัติ (Non-discrimination) ซึ่งเป็นหลักที่กฎหมายไทยมีอยู่แล้ว เพราะไทยได้ยอมรับในเรื่องการไม่เลือกปฏิบัติ ไม่ว่าจะเป็นเรื่องเพศ หรือศาสนา ดังที่ปรากฏในรัฐธรรมนูญ ดังนั้น หากจะมีการนำหลัก FET ในเรื่องนี้จากพันธกรณีดังกล่าวมาบัญญัติในกฎหมายภายในประเทศจึงย่อมทำได้ เนื่องจากมีความสอดคล้องกัน

ประเด็นสุดท้ายที่ผู้เขียนเห็นว่าควรนำไปศึกษาต่อเมื่อมีการนำหลัก FET มาปรับใช้ในกฎหมายภายในของไทยแล้ว คือ การพิจารณาถึงหลักความคาดหวังที่ชอบด้วยกฎหมาย (Legitimate Expectations) ว่าสมควรที่จะนำมาใช้ประกอบกับหลัก FET ด้วยหรือไม่ เนื่องจากหลักดังกล่าวเป็นหนึ่งในองค์ประกอบที่สำคัญของหลัก FET และเป็นเรื่องแรก ๆ ที่ผู้ลงทุนจะนึกถึงหากกล่าวถึงหลัก FET ในขณะที่เรื่องอื่น ๆ อาทิ หลักการไม่เลือกปฏิบัติ หลักศุนีतिकะบวน หรือการปฏิเสธการปฏิบัติใด ๆ ที่ทำโดยพลการ (Arbitrariness) ที่เป็นเรื่องรองเพราะมีหลักการรองรับอยู่แล้ว องค์กรใด ๆ ที่มีคำถามตามมาว่าศาลไทยได้ยอมรับหลักความคาดหวังที่ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ เพราะหลักกฎหมายปกครอง (Public Law) ของไทยอาจไม่ได้ยอมรับให้มีการคุ้มครองความคาดหวังของบุคคล (บางประเทศยอมรับ บางประเทศไม่ยอมรับ แต่เป็นหลักที่ยอมรับแล้วในกฎหมายระหว่างประเทศ) ดังนั้น หากมีการนำหลัก FET มาปรับใช้ในกฎหมายภายในของไทยจริงจะต้องพิจารณาให้รอบคอบเพื่อไม่ให้ขัดต่อหลักกฎหมายปกครอง นอกจากนี้ ประเด็นนี้ยังเป็นข้อโต้แย้งของบางประเทศว่าทำไมหลัก FET จึงได้รวมเรื่องความคาดหวังที่ชอบด้วยกฎหมาย ทั้ง ๆ ที่กฎหมายภายในประเทศนั้นไม่ได้ยอมรับหรือยังไม่มีหลักการนี้อยู่เลย



## บรรณานุกรม

### ภาษาไทย

พชรพจน์ นันทรามาศ และคณะ (2561). “Myanmar Monitor by EIC” ศูนย์วิจัยเศรษฐกิจและธุรกิจธนาคารไทยพาณิชย์

โครงการจัดทำศูนย์ข้อมูลการลงทุนไทยในต่างประเทศ (2560). “รายงานผลการศึกษาค่าข้อมูลเชิงลึกสาธารณรัฐแห่งสหภาพเมียนมาร์” มูลนิธิสถาบันวิจัยเพื่อการพัฒนาประเทศไทย

คณะทำงานวารสารส่งเสริมการลงทุน (2560). “เสริมศักยภาพดึงดูดการลงทุนด้วยกฎหมายใหม่ปีไอโอ” สำนักงานคณะกรรมการส่งเสริมการลงทุน

คณะผู้จัดทำคู่มือการขอรับการส่งเสริมการลงทุน (2560). “สิทธิประโยชน์ตามพระราชบัญญัติส่งเสริมการลงทุน” สำนักงานคณะกรรมการส่งเสริมการลงทุน

ทัชชมัย ทองอุไร (2560). “กฎหมายเศรษฐกิจระหว่างประเทศ: GATT และ WTO: บททั่วไป” สำนักพิมพ์วิญญูชน

ทีมข่าวเศรษฐกิจ (2560). “ไทย-ออสเตรเลีย ส่อได้ข้อยุติ ปิดเหมืองทองอัครา ชง ครม. ชดเชยความเสียหาย” ไทยรัฐออนไลน์

สำนักงานคณะกรรมการพัฒนาการเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ (2560). “สรุปสาระสำคัญแผนพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติฉบับที่สิบสอง พ.ศ. 2560 - 2564” สำนักนายกรัฐมนตรี

ศูนย์ธุรกิจสัมพันธ์ (2560). “จับตาความเคลื่อนไหวด้านการค้าการลงทุนในเมียนมาร์” กรมเศรษฐกิจระหว่างประเทศ กระทรวงการต่างประเทศ

ศูนย์บริการข้อมูลเศรษฐกิจระหว่างประเทศ (2560). “ความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนที่มีผลบังคับใช้แล้วระหว่างประเทศไทยกับประเทศต่าง ๆ” กรมเศรษฐกิจระหว่างประเทศ กระทรวงการต่างประเทศ

ศูนย์ข้อมูลธุรกิจไทยในเมียนมาร์ (2560). “ธุรกิจไทย/ลู่ทางธุรกิจไทยในเมียนมาร์” สถานเอกอัครราชทูต ณ กรุงย่างกุ้ง

ศูนย์ข้อมูลธุรกิจไทยในเมียนมาร์ (2560). “กฎหมายการลงทุนของเมียนมาร์ (Myanmar Investment Law – MIL)” สถานเอกอัครราชทูต ณ กรุงย่างกุ้ง

อนันตโชค โอแสงธรรมนนท์ และคณะ (2560). “การศึกษาวิจัยการประเมินนโยบายการลงทุนของประเทศสมาชิกอาเซียนตามกรอบนโยบายการลงทุนเพื่อการพัฒนาที่ยั่งยืน (Investment Policy Framework for Sustainable Development) UNCTAD” สถาบันระหว่างประเทศเพื่อการค้าและการพัฒนา (องค์การมหาชน)

จักรกฤษณ์ ดวงพิสดรา (2559). “นโยบายและมาตรการส่งเสริมการลงทุนของไทย” มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช สาขาวิชาเศรษฐศาสตร์

ฝ่ายจัดการกองทุนตราสารทุน (2559). “ก้าวแรกของเมียนมาร์ สู่เป้าหมายของนักลงทุนในอนาคต” บริษัท หลักทรัพย์จัดการกองทุน กสิกรไทย จำกัด

พรศักดิ์ ศุภธราธาร (2558). “การลงทุนในเมียนมาร์ : โอกาสและข้อควรพิจารณา” ประชาชาติธุรกิจออนไลน์

พีระ เจริญพร (2558). “เงินลงทุนโดยตรงจากต่างประเทศจะเป็นปัจจัยผลักดันเศรษฐกิจในปี พ.ศ.2558 ได้หรือไม่?” คณะเศรษฐศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

ทัชชมัย ทองอุไร (2557). “มุมมองต่อประชาคมอาเซียน (Asean Community) ของ ศ. (พิเศษ) ดร.สุรเกียรติ์ เสถียรไทย” สำนักพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

อมรรพร สัจจารักษ์ตระกูล (2557). “กฎหมายการลงทุนต่างชาติของพม่า” กรุงเทพฯธุรกิจออนไลน์

คณะกรรมการอิสระว่าด้วยการส่งเสริมหลักนิติธรรมแห่งชาติ และคณะ (2557). “หลักนิติธรรม The Rule of Law ความหมาย สาระสำคัญ และผลของการฝ่าฝืนหลักนิติธรรม” สำนักงานปลัดกระทรวงยุติธรรม

ณกฤษ เศวตนันท์ (2555). “กฎหมายการลงทุนพม่า” ประชาชาติธุรกิจออนไลน์

วันเพ็ญ หรุจิตตวิวัฒน์ (2553). “ความตกลงลงทุน เครื่องมือหนึ่งของนักลงทุนไทยและต่างชาติ” สำนักคณะกรรมการส่งเสริมการลงทุน

สำนักกฎหมายต่างประเทศ (2553). “ความตกลงทวิภาคีด้านการลงทุน (Bilateral Investment Treaties – BITs) : ความรู้เบื้องต้น” สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา

สิทธิพล วิบูลย์ธนากุล (2550). “กฎบัตรฮาวานา (Havana Charter)” คณะเศรษฐศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

ศิริชัย มงคลเกียรติศรี (2540). “ความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนอาเซียน ค.ศ. 1987 : ศึกษาเชิงเปรียบเทียบกับความตกลงทวิภาคีที่ประเทศไทยทำกับสมาชิกอาเซียน” คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

หยุด แสงอุทัย (2519). “ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมาย” โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

## ภาษาอังกฤษ

Kingsgate Consolidated Limited (2017). “Update on Legal Proceedings regarding Chatree Gold Mine, Thailand” Public Release vis ASX Online.

United Nations Conference on Trade and Development (2015). “Investment Policy Framework for Sustainable Development” United Nations.

ERIA SME Research Working Group (2014). “ASEAN SME Policy Index Towards Competitive and Innovative ASEAN SMES” Economic Research Institute for ASEAN and East Asia (ERIA).

United Nations Conference on Trade and Development (2012). “Fair and Equitable Treatment: UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II” United Nations.

OECD (2004). “Fair and Equitable Treatment Standard in International Investment Law” OECD Publishing.

Working Group on the Relationship between Trade and Investment (2002). “Non-Discrimination, Most-Favoured-Nation Treatment and National Treatment” WTO.

United Nations Centre on Transnational Corporations (1988). “Bilateral Investment Treaties” United Nations.